

# Le contentieux international privé sur le changement climatique à l'épreuve de l'article 17 du règlement Rome II : enjeux et perspectives \*

Dr. Eduardo Álvarez-Armas

Lecturer in Law – Brunel University London

Collaborateur scientifique – Université Catholique de Louvain

## Introduction

Le contentieux international privé en matière de changement climatique est un phénomène relativement nouveau dans les domaines du *business and human rights*, du contentieux environnemental transnational et, plus précisément, du contentieux en matière de changement climatique. Il pourrait être défini approximativement comme un litige : i) entre parties privées ; ii) de nature juridique privée, concernant généralement la responsabilité civile extracontractuelle ; iii) mené sur le fondement du droit international privé ; et iv) portant sur des dommages potentiels ou effectivement causés par des phénomènes liés au changement climatique.

En raison du succès limité des efforts politiques vis-à-vis de ce qui a été qualifié récemment de « *crise climatique* »<sup>1</sup>, le contentieux du changement climatique au sens large progresse. Jusqu'à présent, ce progrès semble moins lié à sa capacité potentielle à réparer les dommages liés au changement climatique, voire à atténuer le changement climatique ou faciliter l'adaptation à celui-ci<sup>2</sup>, qu'à son aptitude à susciter un débat public sur le réchauffement de la planète<sup>3</sup>.

---

\* Cet article contient certains développements présentés à la VIII<sup>e</sup> Journal of Private International Law Conference (Munich 12-14 septembre 2019). Il contient également certains développements tirés et/ou adaptés de la thèse de doctorat de l'auteur (*Private International Environmental Litigation before EU Courts : Choice of law as a Tool of Environmental Global Governance*), qui sera publiée en 2021 dans la série « Studies in Private International Law » de Hart. Email : [eduardo.alvarez-armas@brunel.ac.uk](mailto:eduardo.alvarez-armas@brunel.ac.uk). L'auteur souhaite exprimer son plus grand remerciement à M. Matthieu Bessouet, qui a revu le texte de cet article au niveau linguistique. Toute erreur demeure la responsabilité de l'auteur.

<sup>1</sup> Cette terminologie est utilisée par l'Organisation des Nations Unies elle-même : <https://www.un.org/fr/un75/climate-crisis-race-we-can-win> (disponible le 10 décembre 2020).

<sup>2</sup> Suivant le glossaire du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, « *Mitigation* » est une « *anthropogenic intervention to reduce the sources or enhance the sinks of greenhouse gases* » ; « *Adaptation* » est un « *[a]djustment in natural or human systems to a new or changing environment. Adaptation to climate change refers to adjustment in natural or human systems in response to actual or expected climatic stimuli or their effects, which moderates harm or exploits beneficial opportunities. Various types of adaptation can be distinguished, including anticipatory and reactive adaptation, private and public adaptation, and autonomous and planned adaptation* ». (IPCC, *Glossary of Terms used in the IPCC Third Assessment Report*, 2001, pp. 379 et 365 respectivement ; <https://archive.ipcc.ch/pdf/glossary/tar-ipcc-terms-en.pdf> - disponible le 2 juillet 2020).

<sup>3</sup> M. Lehmann, F. Eichel, « Globaler Klimawandel und Internationales Privatrecht – Zuständigkeit und anzuwendendes Recht für transnationale Klagen wegen klimawandelbedingter Individualschäden », *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 83-1, 2019, pp. 77 et ss., à la p. 82. Ces auteurs affirment qu'une caractéristique des litiges liés au changement climatique est qu'ils servent souvent moins à fournir une protection juridique efficace qu'à attirer l'attention du public sur le problème.

Indépendamment de cette fonction sociale et politique que tout litige relatif au changement climatique peut remplir, il est toutefois légitime de se demander si, d'un point de vue purement juridique, les litiges internationaux privés relatifs au changement climatique, nouveauté juridique relative, peuvent efficacement contribuer à la réparation ou à la prévention des dommages liés au changement climatique.

D'emblée, ce type de contentieux fait face à des obstacles importants en provenance du domaine du droit matériel de la responsabilité civile, où l'établissement du lien de causalité entre le comportement, à savoir l'émission de gaz à effet de serre, et le résultat, préjudices liés au climat, peut s'avérer difficile<sup>4</sup>. Mais pas seulement.

Plus précisément, ce type de contentieux peut également rencontrer des obstacles importants en matière de droit international privé. Au sein de l'UE, son succès dépendra fortement de l'application de l'article 7 du règlement Rome II<sup>5</sup>, la règle de conflit désignant le droit applicable aux « *atteinte[s] à l'environnement* », et de l'article 17 du même règlement, relatif aux « *règles de sécurité et de comportement* ». Comme nous le verrons, sous certaines conditions, cette dernière disposition peut interférer avec la première. L'efficacité de l'article 7 et des politiques environnementales qu'il incarne risquent donc d'être compromises.

À partir de l'affaire *Lliuya c. RWE*<sup>6</sup>, affaire toujours pendante devant les tribunaux allemands, mais bientôt un jalon du domaine, cet article présentera brièvement le contentieux international privé en matière de changement climatique, et appréciera si l'article 17 du règlement Rome II pourrait à terme devenir un joker en faveur des émetteurs de gaz à effet de serre (GES). À cette fin, cet article commencera d'abord par délimiter la notion de contentieux « *international privé* » par rapport à d'autres contentieux en matière de changement climatique (I), puis détaillera les faits essentiels de l'affaire *Lliuya c. RWE* (II) ainsi que certains éléments essentiels du droit international privé de l'UE (III). Il examinera ensuite l'art. 17 Rome II et les controverses qui l'entourent (IV), ainsi que d'autres difficultés qui surgissent lorsque des positions conservatrices sur l'applicabilité spatiale du droit public sont adoptées (V). Une analyse doctrinale de référence sur les faits de l'affaire *Lliuya c. RWE*, celle de MM. Lehmann et Eichel, sera exposée (VI). Un modèle hypothétique basé sur les faits de cette même affaire, qui décomposera le fonctionnement de l'article 17 lorsqu'il est confronté à d'autres règles de droit international privé de l'UE, et à des règles nationales de droit public ou à des autorisations ou permis administratifs s'ensuivra (VI). Enfin, les antécédents de l'article 17 seront analysés (VII), avant que des conclusions générales ne soient tirées.

---

du réchauffement de la planète. En ce sens, en ce qui concerne les litiges « privés » relatifs au changement climatique, ils considèrent que les tribunaux civils deviennent ainsi un forum de débat public concernant les questions de gouvernance environnementale mondiale. Cf. également, Shi-Ling Hsu, « A realistic evaluation of climate change litigation through the lens of a hypothetical judgment lawsuit », *University of Colorado Law Review*, vol. 79, 2008, pp. 701 et ss, à la p. 717 : « [b]y targeting deep-pocketed private entities that actually emit greenhouse gases [...], a civil litigation strategy, if successful, skips over the potentially cumbersome, time consuming, and politically perilous route of pursuing legislation and regulation ».

<sup>4</sup> Pour en savoir plus sur les difficultés qui entourent le lien de causalité, *Ibidem*, pp. 79-80.

<sup>5</sup> Règlement (EC) 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), O.J. L 199, 31.7.2007, p. 40.

<sup>6</sup> Pour des informations générales sur l'affaire, cf. <https://www.germanwatch.org/en/huaraz> (disponible le 2 juillet 2020).

## I. Délimitation et contextualisation du contentieux international privé en matière de changement climatique

Si les litiges relatifs au changement climatique existent depuis près de trois décennies<sup>7</sup>, l'attention qu'ils reçoivent s'est récemment accrue, notamment depuis le jugement historique prononcé par le tribunal de district de La Haye au Pays-Bas le 24 juin 2015 dans l'affaire climatique dite *Urgenda*, où la fondation Urgenda<sup>8</sup> a remporté un procès contre le gouvernement des Pays-Bas, jugé insuffisamment diligent dans la lutte contre le changement climatique<sup>9</sup>. Dans ce jugement confirmé le 20 décembre 2019 par la Cour suprême néerlandaise<sup>10</sup>, le tribunal de district a décidé que « *l'État doit prendre davantage de mesures pour réduire les émissions de gaz à effet de serre aux Pays-Bas. L'État doit également veiller à ce que les émissions néerlandaises en 2020 soient inférieures d'au moins 25 % par rapport à celles de 1990* »<sup>11</sup>. La décision dans l'affaire *Urgenda* semble avoir inspiré, ou du moins avoir redonné un élan, à maintes procédures similaires dans le monde entier. Par exemple, aux actions engagées par des ONG et d'autres représentants de l'intérêt public dans le monde entier contre des organismes publics pour leur carence face au changement climatique, ou aux actions engagées par des organismes publics contre des acteurs privés pour des dommages actuels ou potentiels liés au changement climatique<sup>12</sup>.

À cet égard, plusieurs tendances ou branches différentes au sein du contentieux en matière de changement climatique sont distinguables. Bien qu'il soit courant de parler de litige climatique public ou privé selon la nature publique ou privée de la personne défenderesse, une typologie selon deux axes de coordonnées paraît plus appropriée : litiges internationaux *versus* litiges nationaux ; et litiges publics *versus* litiges privés, en limitant davantage ces derniers aux

---

<sup>7</sup> Pour un aperçu du contentieux au sens large en matière de changement climatique, son évolution dans le temps, ses principales caractéristiques et ses enjeux, cf. G. Ganguly, J. Setzer, V. Heyvaert, « If at First You Don't Succeed: Suing Corporations for Climate Change », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 38-4, 2018, pp. 841 et ss., aux pp. 846 et ss. Lesdits auteurs situent le début de la « première vague » de ce qu'elles appellent litiges climatiques « privés », c'est-à-dire les litiges contre des parties privées, qu'ils soient initiés par des sujets publics ou privés, autour de 2005 aux États-Unis.

<sup>8</sup> Selon ses propres termes, « [t]he Dutch Urgenda Foundation aims for a fast transition towards a sustainable society, with a focus on the transition towards a circular economy using only renewable energy. It works on solutions for this transition, including for example the introduction and realization of 'energy neutral' houses and the acceleration of electric mobility. Urgenda views climate change as one of the biggest challenges of our times and looks for solutions to ensure that the earth will continue to be a safe place to live for future generations » (<https://www.urgenda.nl/en/home-en/>). Il s'agirait d'une « citizens' platform which develops plans and measures to prevent climate change [which] also represent[ed] 886 individuals in this case ».

(<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7196> - disponible le 2 juillet 2020).

<sup>9</sup> Pour une description et un calendrier de l'évolution de l'affaire : <https://www.urgenda.nl/en/themas/climate-case/climate-case-explained/> (disponible le 2 juillet 2020).

<sup>10</sup> <http://www.urgenda.nl/en/climate-case/> (disponible le 2 juillet 2020).

<sup>11</sup> Une version anglaise du jugement de 2015 rendu par le Tribunal de district de La Haye peut être trouvée sous le lien permanent suivant : <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7196>. La citation, originellement en anglais, est tirée du résumé fourni dans la même page web (disponible le 2 juillet 2020).

<sup>12</sup> Pour un bref aperçu, cf. <https://www.urgenda.nl/en/themas/climate-case/global-climate-litigation/> (disponible le 2 juillet 2020). Au-delà de ce bref aperçu, deux bases de données essentielles offrent un « inventaire » des affaires et des informations sur des litiges relatifs au changement climatique autour du monde : l'une détenue par le Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment ([https://climate-laws.org/cclow/litigation\\_cases](https://climate-laws.org/cclow/litigation_cases)) et l'autre par le Sabin Center for Climate Change Law (<http://climatecasechart.com/>).

situations où tant le demandeur que le défendeur sont des personnes privées. En ce sens, *Urgenda* serait un litige national, en l'absence d'élément d'extranéité, et public, car le défendeur est une personne publique.

En conséquence, les litiges internationaux privés relatifs au changement climatique opposeraient une ou plusieurs personnes privées demanderesse à une ou plusieurs personnes privées défenderesses, ces dernières étant généralement une ou plusieurs des *Carbon Majors* : un groupe de 90 sociétés qui, selon des études scientifiques, sont responsables de « 63 % des émissions mondiales cumulées de CO<sub>2</sub> et de méthane industriels entre 1751 et 2010 »<sup>13</sup>.

En raison de sa structure et de sa nature, le contentieux international privé en matière de changement climatique concerne fréquemment ce qui, en droit privé comparé, est qualifié de droit de la responsabilité extracontractuelle ou, selon la terminologie de l'UE, d'obligations non contractuelles. Dans l'ensemble, il vise à voir prononcer l'indemnisation des dommages subis et, le cas échéant, des mesures provisoires ou des injonctions. Cependant, compte tenu de ses éléments d'extranéité, ce type de contentieux est encadré par des règles de droit international privé comme celles qui seront analysées dans les paragraphes qui suivent, une fois les faits de l'affaire *Lliuya c. RWE* présentés.

## II. Une illustration pratique : *Lliuya c. RWE*

M. Saúl Lliuya, le demandeur à l'instance illustratrice des questions évoquées plus haut, vit à Huaraz, une ville péruvienne située dans les Andes au pied d'un glacier que le réchauffement climatique fait fondre. Or, cette fonte augmente le volume d'eau du lac Palcacocha qui risque à terme de déborder et inonder la propriété de M. Lliuya<sup>14</sup>.

M. Lliuya, soutenu par l'ONG allemande Germanwatch, a assigné en justice le fournisseur d'électricité allemand RWE afin de prévenir les dommages à sa propriété. Il soutient sur la base de données scientifiques que, comme RWE a contribué à 0,47 % de toutes les émissions de GES depuis le début de l'ère industrielle<sup>15</sup>, elle est obligée de contribuer à concurrence de 0,47 % aux coûts des mesures préventives, à savoir des travaux de construction, nécessaires pour éviter que sa propriété ne soit inondée<sup>16</sup>.

L'approche du demandeur est sans aucun doute créative. Néanmoins, comme cela a été mentionné, des obstacles importants de droit de la responsabilité extracontractuelle s'opposent au succès de son action, notamment l'établissement du lien de causalité entre le préjudice (potentiel) et le comportement de RWE. Comme l'expliquent MM. Lehmann et Eichel<sup>17</sup>, si les gaz à effet de serre, « *non dégradables et anthropiques* », peuvent certainement être considérés comme des éléments polluants, les attribuer à un émetteur spécifique est complexe pour au moins deux raisons. D'une part, « *l'effet de serre se produit également sans intervention*

---

<sup>13</sup> R. Heede, « Tracing anthropogenic carbon dioxide and methane emissions to fossil fuel and cement producers, 1854–2010 », *Climatic Change*, vol. 122, 2014, pp. 229–241. Pour des données actualisées, cf. <https://climateaccountability.org/carbonmajors.html> (disponible le 2 juillet 2020) (nous traduisons).

<sup>14</sup> <https://www.germanwatch.org/en/huaraz> (disponible le 2 juillet 2020).

<sup>15</sup> *Lliuya v. RWE*, Demande introductive d'instance, point 8.2, p. 19 (disponible le 2 juillet 2020) <https://www.germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/announcement/20822.pdf>

<sup>16</sup> <https://www.germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/announcement/20822.pdf>, p. 2 (idée adaptée à partir du *petitum* – disponible le 2 juillet 2020).

<sup>17</sup> La totalité du reste du paragraphe est une traduction/paraphrase de M. Lehmann, F. Eichel, *op. cit.*, pp. 79-80.

*humaine et est soumis à des fluctuations naturelles qui varient dans l'espace et le temps* ». D'autre part, les émissions anthropiques de gaz à effet de serre sont, au moins partiellement, absorbées par des « "puits de CO<sub>2</sub>" [naturels] (tels que la surface terrestre ou l'eau) ». En outre, selon lesdits auteurs, l'établissement d'un lien de causalité entre des préjudices patrimoniaux et le réchauffement climatique est encore plus complexe du fait que le préjudice patrimonial personnellement subi par un individu est précédé d'impacts à deux « biens environnementaux ». Premièrement, des changements dans l'atmosphère, car les gaz à effet de serre non « absorbés » par l'eau ou le sol intensifient l'effet de serre naturel, entraînant une augmentation de la température moyenne sur Terre. Deuxièmement, les changements dans l'environnement qui résultent de ces derniers, comme par exemple l'élévation du niveau des mers, les sécheresses graves ou la fonte des glaciers. Par conséquent, globalement, « le préjudice subi par le demandeur n'est pas directement et mono-causalement attribuable à un acte du défendeur, mais est médiatisé par le réchauffement général de la planète ». Cela distingue ces dommages de ceux des catastrophes environnementales « directement causés ». Puis, « en droit national, cela entraîne des difficultés pour prouver la causalité et pour déterminer le débiteur responsable [...] »<sup>18</sup>.

Au moment où nous écrivons ces lignes, cette affaire fascinante entamée par M. Lliuya est toujours pendante. Bien que l'action n'ait pas prospéré en première instance devant le tribunal de district d'Essen précisément du fait des questions de causalité, et ce malgré les preuves scientifiques apportées au tribunal, un appel du jugement a été formé devant le tribunal régional supérieur de Hamm. Il est estimé que l'affaire ne connaîtra pas de nouveaux développements avant la fin de 2020, car le tribunal régional veut examiner la situation et les preuves *in situ* au Pérou<sup>19</sup>. Il est important de souligner que l'affaire a réussi à arriver à ce stade parce que ledit tribunal a accepté préliminairement l'existence du lien de causalité, mais exige des preuves supplémentaires à cet égard en vue de confirmer ce point<sup>20</sup>.

### **III. Droit international privé et changement climatique : compétence judiciaire internationale, droit applicable et rôle des « règles de sécurité et de comportement »**

Comme la causalité a été le majeur centre d'attention juridique de l'affaire *Lliuya c. RWE*, les aspects de droit international privé de l'affaire qui, à première vue, semblent plutôt simples, n'ont pas attiré beaucoup d'attention. Selon la traduction anglaise non officielle des premières conclusions du demandeur soumises au tribunal<sup>21</sup>, la compétence internationale de la juridiction allemande se fonderait sur l'art. 4.1, en relation avec l'art. 63, du règlement Bruxelles I bis<sup>22</sup>,

---

<sup>18</sup> M. Lehmann, F. Eichel, *op. cit.*, p. 80.

<sup>19</sup> <https://www.germanwatch.org/en/huaraz> (surtout les inscriptions après le 30 novembre 2017 – disponible le 2 juillet 2020).

<sup>20</sup> <https://www.germanwatch.org/en/15999> (« The decision by the Higher Regional Court Hamm to enter into the evidentiary stage is a historic breakthrough: it is the first time that a court has recognised that "a private company is in principal [sic] responsible for its share in causing climate damages in other countries" – disponible le 2 juillet 2020).

<sup>21</sup> <https://www.germanwatch.org/en/huaraz> (cf. surtout les inscriptions après le 30 novembre 2017 – disponible le 2 juillet 2020).

<sup>22</sup> Règlement (EU) No 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), O.J. L 351, 20.12.2012, p. 1.

article qui attribue la compétence aux juridictions du pays du domicile du défendeur<sup>23</sup>. Ensuite, en vertu de l'article 7 du règlement Rome II, M. Lliuya, en tant que victime d'un dommage environnemental, a choisi le droit allemand, droit du pays dans lequel le fait générateur du dommage s'est produit, comme droit applicable à la question litigieuse. Cette option est possible car, en matière de droit applicable, l'article visé dispose que :

La loi applicable à une obligation non contractuelle découlant d'un dommage environnemental ou de dommages subséquents subis par des personnes ou causés à des biens est celle qui résulte de l'application de l'article 4, paragraphe 1 [loi du pays où le dommage se manifeste], à moins que le demandeur en réparation n'ait choisi de fonder ses prétentions sur la loi du pays dans lequel le fait générateur du dommage s'est produit.

Tel qu'explicitement affirmé par le considérant 25 du règlement Rome II, la solution conflictuelle établie à l'art. 7 Rome II découle du fait que :

L'article [191 TFUE], qui postule un niveau de protection élevé et qui est fondé sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de correction à la source et sur le principe du pollueur-payeur, justifie pleinement le recours au principe du traitement favorable à la personne lésée.

En outre, grâce à cette option législative, les victimes se voient offrir la possibilité de maximiser la réparation due par le pollueur, en choisissant la loi la plus favorable à l'indemnisation substantielle du préjudice subi. Ce privilège stratégique vise, au moins en théorie, à mieux dissuader les pollueurs potentiels et, par conséquent, à accroître le niveau de protection de l'environnement en vigueur au plan internationale<sup>24</sup>. En ce sens, « *il ne s'agit pas seulement de respecter les attentes légitimes de la victime, mais de mettre en place une politique législative qui contribue à élever le niveau de protection de l'environnement en général* »<sup>25</sup>.

Dans l'affaire *Lliuya c. RWE*, il est remarquable que certaines questions controversées de droit international privé et qui dépassent le cadre de cette contribution n'aient pas fait l'objet d'un plus grand débat entre les parties ou entre membres de la doctrine. La discussion qui suit se limitera à deux de ces questions : une mention très brève d'une question qui se pose au regard des faits du litige, et un développement plus détaillé relatif à une question hypothétique qui aurait pu se poser si le demandeur avait choisi le droit du lieu du dommage.

En ce qui concerne la question qui se pose de détermination du lieu du fait générateur, le demandeur argue dans ses conclusions que deux tiers des émissions de gaz à effet de serre de RWE se produisent en Allemagne<sup>26</sup>. Sur un plan purement technique, cela aurait dû

---

<sup>23</sup> La compétence territoriale interne du tribunal de district d'Essen est fondée sur les règles du droit procédural allemand.

<sup>24</sup> Cf. Art. 7, considérant 24, et considérant 25 de Rome II. Cf. aussi l'exposé des motifs de la Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), COM(2003) 427 final, pp. 20-21 (ci-après « Exposé des motifs de la Proposition de Rome II »). L. Enneking (« The Common Denominator of the Trafigura Case, Foreign Direct Liability Cases and the Rome II Regulation - An Essay on the Consequences of Private International Law for the Feasibility of Regulating Multinational Corporations through Tort Law », *European Review of Private Law*, 2-2008, pp. 283-311, at pp. 289-291) traite explicitement ce point, qui n'est pas explicitement abordé dans les documents législatifs mentionnés.

<sup>25</sup> Exposé des motifs de la Proposition de Rome II, *op. cit.*, p. 21.

<sup>26</sup> <https://www.germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/announcement/20822.pdf>, p. 21 (disponible le 2 juillet 2020).



éventuellement empêcher d'appliquer le droit allemand à l'ensemble de la question litigieuse, et contraindre d'appliquer, sur une base distributive, le(s) droit(s) du/des lieux d'où proviendrait le tiers restant des émissions de GES<sup>27</sup>. Il est toutefois probable que le point n'ait pas été soulevé afin de ne pas compliquer davantage une situation juridique déjà techniquement complexe.

En ce qui concerne la question hypothétique qui aurait pu se poser si M. Lliuya avait choisi de fonder sa demande sur la loi du lieu du dommage, elle mérite une plus grande attention. En effet, elle révèle les limites que l'art. 7 Rome II peut rencontrer dans l'exercice de ses fonctions de protection environnementale lorsqu'il interagit avec l'art. 17 de ce même règlement. Si M. Lliuya avait décidé d'opter pour la loi péruvienne, à savoir la loi du lieu du dommage, RWE aurait pu défendre que l'art. 17 de Rome II intitulé « *Règles de sécurité et de comportement* » devrait limiter sa responsabilité ou l'exonérer, car il dispose que :

Pour évaluer le comportement de la personne dont la responsabilité est invoquée, il est tenu compte, en tant qu'élément de fait et pour autant que de besoin des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait qui a entraîné la responsabilité.

Comme nous le verrons aux paragraphes suivants, certains auteurs défendent en vertu de cette disposition que les normes de droit public, et notamment de droit administratif, de l'État du fait générateur qui réglementent les activités nuisibles à l'environnement et limitent la responsabilité de l'auteur ou l'exonèrent sont à prendre en considération, malgré le choix par la victime de la *lex loci damni*<sup>28</sup>. Certains soutiennent aussi que cette conclusion devrait s'étendre à la situation où il existe un permis ou une autorisation administrative autorisant l'activité dans l'État où ladite action a lieu<sup>29</sup>. Mais comment ces règles et/ou permis interagissent-ils avec les articles 7 et 17 dans le contexte des délits environnementaux transfrontières en général, et de la responsabilité en matière de changement climatique en particulier ?

Afin d'examiner ces questions, les paragraphes suivants introduiront l'art. 17 et les controverses qui l'entourent. Les complexités qui surgissent lorsque des positions doctrinales conservatrices sur l'applicabilité spatiale du droit public sont adoptées seront ensuite explorées. Enfin, l'opinion de MM. Lehmann et Eichel sur le potentiel de l'article 17 en ce qui concerne les faits de l'affaire *Lliuya c. RWE* sera exposée.

#### **IV. Examen de l'article 17 du règlement Rome II : « *Règles de sécurité et de comportement* ».**

L'article 17 du règlement Rome II relatif aux « *Règles de sécurité et de comportement* » est présenté par le considérant 34 dudit règlement dans les termes suivants<sup>30</sup> :

---

<sup>27</sup> Cela est probablement lié au fait que RWE est établie aussi aux Pays-Bas (<https://www.group.rwe/en/the-group/countries-and-locations/rwe-generation-nl> - disponible le 2 juillet 2020).

<sup>28</sup> Cf., entre autres, le texte accompagnant les notes 43 et 44.

<sup>29</sup> Cf. *infra* le texte accompagnant les notes 55 à 72.

<sup>30</sup> Dans leur projet de Convention Rome II, le GEDIP a inclus un article 10 sur les « Règles de sécurité et comportement » qui dispose que « [q]uelle que soit la loi applicable, il doit, dans la détermination de l'obligation, être tenu compte des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au moment du fait dommageable ou du fait dont dérive l'obligation ». Dans le commentaire du projet, l'expression « lieu et moment du fait dommageable » est interprétée comme suit : « [l]e terme « fait dommageable »

En vue d'assurer un équilibre raisonnable entre les parties, il convient de tenir compte, le cas échéant, des règles de sécurité et de comportement en vigueur dans le pays où l'acte dommageable a été commis, même lorsque l'obligation non contractuelle est régie par la loi d'un autre pays. Il convient d'interpréter l'expression « règles de sécurité et de comportement » comme renvoyant à toute la réglementation ayant un lien avec la sécurité et le comportement, y compris, par exemple, les règles en matière de sécurité routière en cas d'accident.

L'article 17 est l'une des dispositions générales du règlement. En conséquence, il a vocation à s'appliquer à toute situation concernant des obligations non contractuelles régies par des règles de sécurité et de comportement, et non exclusivement à celles résultant d'atteintes à l'environnement. Les accidents de la route et la responsabilité du fait des produits sont des exemples classiques de ce type de situation<sup>31</sup>. Étant donné que comme le déclare le considérant 34 du règlement, l'expression « *règles de sécurité et de comportement* » désigne « *toute [...] réglementation* » ayant un rapport quelconque avec la sécurité et le comportement, celle-ci n'est pas limitée au domaine des dispositions de droit administratif. Le terme inclut ainsi des règles appartenant à d'autres branches du droit comme par exemple, dans le cadre des accidents de la route, les dispositions relatives à la limitation du temps de travail des conducteurs professionnels<sup>32</sup>, ou encore des « *non-legally binding conventional standards of behaviour* » à l'instar des normes déontologiques ou d'éthique professionnelle<sup>33</sup>.

---

*peut être entendu comme une référence, soit au fait générateur, soit à la survenance du dommage. Le choix des termes de l'alternative dépend de la volonté d'application de la règle en cause. Par exemple, il se peut qu'une règle concernant la concurrence veuille s'appliquer en fonction du lieu de survenance du dommage (ou de prise d'effet du fait générateur) ». Il faut cependant noter que si la rédaction du GEDIP s'inspire de la théorie de l'ubiquité, l'art. 17 du règlement Rome II ne fait référence qu'aux règles « en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait qui a entraîné la responsabilité ». Cf. M. Fallon, P. Lagarde, Commentaire de la proposition pour une convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, Commentaire de l'article 10 (« Règles de sécurité et comportement »), Document de la session 1998 du GEDIP, Luxembourg ; <https://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-8cf.html> - disponible le 22 octobre 2020.*

<sup>31</sup> K. Fach, *La contaminación transfronteriza en Derecho internacional privado: estudio de derecho aplicable*, Barcelona, Bosch, 2002, p. 373. Cet auteur fournit une liste plus complète d'exemples : « *Este conjunto normativo amplio, heterogéneo y de rápida mutabilidad afecta a múltiples sectores de la realidad social. Así, se considera que son normas de conducta y seguridad en el sentido aludido de las reglas de circulación (Tasa de alcoholemia, velocidad, cinturón de seguridad, carril a utilizar, etc.), las denominadas good manufacturing practices en materia de productos (alimentación, medicamentos, electrodomésticos, etc.), las medidas de seguridad de los edificios o instalaciones eléctricas, las normas de custodia de cosas u animales, las referidas a protección en el trabajo, la normativa de apertura y cierre de comercios, las relativas a funcionamiento de industrias peligrosas, etc.* ».

<sup>32</sup> Exemple tiré de E. W. Essén, *Explanatory report to the Convention on the law applicable to traffic accidents*, The Hague, Hague Conference of Private International Law, 1970, Art.7, point.6.4 (p. 211 [19] de la version française). Ni la version française, ni la version anglaise ne fournissent de meilleures informations de citation que celles reproduites ici. La version francophone est disponible le 26 octobre 2020 au lien suivant : <https://assets.hcch.net/docs/cef13270-0800-4ac5-b583-b8e4aa076a1c.pdf>.

<sup>33</sup> A. Dickinson, *The Rome II Regulation: the law applicable to non-contractual obligations*, Oxford, OUP, 2008, p. 640. En dépit de cette position, il faut reconnaître que l'essentiel de ce type de dispositions est composé de règles de droit administratif. En ce sens, M. Vinaixa, *La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos*, De conflictu legum 8, Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico - Universidad de Santiago de Compostela, 2005, p. 427 : « *Las normas de comportamiento y seguridad son normas de derecho público, esencialmente administrativas, el incumplimiento de las cuales se sanciona penalmente y administrativamente. No son normas que regulen el régimen de responsabilidad civil por los daños causados por los residuos, pero [...]*



Comme l'explique la Commission européenne dans l'exposé des motifs de la proposition Rome II<sup>34</sup>, l'article 17 repose sur l'idée que l'auteur d'un dommage doit respecter les règles de sécurité et de comportement en vigueur dans le pays où il déploie ses activités « *quelle que soit par ailleurs la loi applicable aux conséquences civiles de son action* ». En conséquence, « *ces règles doivent également être prises en considération lors de la détermination de la responsabilité* ». Ainsi, les juges doivent appliquer le droit de l'État désigné par la règle de conflit de lois, mais « *doivent* » aussi prendre en considération le droit de l'État du fait générateur en tant qu'élément de fait. En d'autres termes, selon la Commission européenne, dans le cadre des litiges internationaux relatifs à des obligations non contractuelles, les règles de sécurité et de comportement n'interviennent pas en tant qu'éléments de droit ; elles ne sont pas appliquées en tant que règles juridiques, mais elles sont prises en considération en tant que données factuelles. Comme l'explique M. Dickinson :

They provide part of the context within which the conduct of the person liable must be judged, and their significance will vary according to the nature of that conduct and the other surrounding circumstances, as well as the content of legal rules underlying the non-contractual obligation in question. If liability under the applicable law is strict, the conduct of the person liable may not fall to be assessed at all<sup>35</sup>.

En ce sens, M. Kozyris a défendu que non seulement l'article 17 ne contient pas de règle de conflit de lois, mais que l'élément de fait que constituent les règles de sécurité et de comportement doit être appréhendé dans les termes de l'ordre juridique désigné conformément aux règles de conflit de lois du règlement<sup>36</sup>. En conséquence, la disposition a été qualifiée de « *minor and subordinate* », car son seul objectif serait de permettre « *on a discretionary basis and in an evidentiary sense* » que les règles visées soient prises en considération en tant qu'élément de fait dans l'ensemble d'un litige donné<sup>37</sup>.

Toutefois, à l'encontre de cette position, il a été affirmé que « *“taking account of” local law is a misnomer [...] “taking account of” local data means actually enforcing policies other than those underlying the lex causae. Consequently, the current dogma of nonapplication is a doctrinal and*

---

*son normas que inciden en la determinación de la existencia o inexistencia de ilicitud en la conducta del eventual responsable* ».

<sup>34</sup> Exposé des motifs de la Proposition de Rome II, *op. cit.*, p. 27. Selon la numérotation de la proposition, le contenu de l'article 13 coïncide avec celui de l'actuel article 17 : « *[l]orsque la loi désignée n'est pas celle du pays où le fait générateur du dommage s'est produit, l'article 13 du règlement proposé oblige le juge à tenir compte des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au moment de la survenance du fait générateur du dommage [...] La règle de l'article 13 est basée sur le constat que l'auteur doit respecter les règles de sécurité et de comportement en vigueur dans le pays dans lequel il agit, quelle que soit par ailleurs la loi applicable aux conséquences civiles de son action, et que ces règles doivent également être prises en considération lors de la détermination de la responsabilité. La prise en considération de la loi étrangère doit être distinguée de son application : le juge appliquera exclusivement la loi désignée par la règle de conflit, mais il doit prendre en considération une autre loi comme un simple fait, par exemple lorsqu'il s'agit d'apprécier, pour déterminer le montant des dommages-intérêts, la gravité de la faute commise ou la bonne ou mauvaise foi de l'auteur* ».

<sup>35</sup> A. Dickinson, *op. cit.*, p. 641. Ainsi, au moins en principe, il devrait y avoir une distinction claire entre la prise en considération du droit étranger et son application. Cependant, cf. S. C. Symeonides, « Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity », *The American journal of comparative law*, Vol. 56-1, 2008, pp. 173-222, aux pp. 212-215.

<sup>36</sup> P. J. Kozyris, « Rome II: tort conflicts on the right track! A postscript to Symeon Simeonides' «Missed opportunity» », *The American journal of comparative law*, vol. 56-2, 2008, pp. 471-493, p. 483. Cf. S. C. Symeonides, *op. cit.*, p. 212, qui exprime un certain scepticisme.

<sup>37</sup> P. J. Kozyris, *op. cit.*, p. 483.

*technical workaround designed to conceal what courts are actually doing when considering local rules of safety and conduct »*<sup>38</sup>.

L'existence de la distinction « application c. prise en considération » n'est pas la seule controverse à relever en ce qui concerne l'art. 17 Rome II. Comme le suggère la « *discretionary basis* » de M. Kozyris, M. Dickinson considère également que les « *courts enjoy a wide margin of appreciation in deciding whether and, if so, for what purpose and to what extent to take account of any rule identified by Art 17* »<sup>39</sup>. Ce caractère facultatif est suggéré malgré la référence explicite dans l'exposé des motifs de la proposition de règlement au caractère obligatoire de l'opération de prise en considération<sup>40</sup>. Cette interprétation serait corroborée par « *the legislative history and the phrase "in so far as appropriate" in art. 17, although that phrase also has a quantitative element* »<sup>41</sup>. Une autre position, qui serait plus conforme au texte de l'exposé des motifs, et à une connotation d'impérativité ou de caractère obligatoire, est que ces règles pourraient être des dispositions impératives/lois de police. Toutefois, cette idée a été critiquée, entre autres, au motif que le règlement Rome II consacre deux articles différents à ces questions<sup>42</sup>.

Comme on peut le constater, plusieurs interrogations tournent autour de l'article 17. S'agit-il d'une règle de conflit de lois ou d'une règle de droit matériel ? Est-elle obligatoire ou facultative pour les tribunaux ? Son fonctionnement est-il limité au « lieu et au moment » du fait générateur ? La distinction « application c. prise en compte » est-elle valable et, dans l'affirmative, comment doit-elle être mise en œuvre ?

Parmi ces questions, l'une des plus importantes est de savoir si la règle sert le pollueur en cas d'atteinte à l'environnement. M. Symeonides considère à cet égard qu'elle n'est pas nécessairement au service de la victime<sup>43</sup>. Cependant, l'article 17 est-il censé s'appliquer d'une manière spécifique ? Le seul point qui est clair est que les principaux défis concernant son application pratique viendront du domaine des atteintes à l'environnement, « *[i]n the view of the extensive regulation under national law of industrial and other processes liable to cause environmental damage* »<sup>44</sup>. Avant de procéder à une évaluation plus approfondie de ces défis liés à l'environnement, il est nécessaire de présenter les difficultés supplémentaires qui découlent de l'interaction de l'article 17 avec des théories conservatrices sur l'applicabilité spatiale du droit public.

---

<sup>38</sup> T. W. Dornis, « "Local Data" in European Choice of Law: A Trojan Horse from across the Atlantic? », *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, vol. 44-1, 2015, pp. 1-33, aux pp. 15-16.

<sup>39</sup> A. Dickinson, *op. cit.*, pp. 640-641.

<sup>40</sup> S. C. Symeonides, *op. cit.*, p. 212 et ss.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 212 et note infra 173.

<sup>42</sup> Cf. également M. Vinaixa, *op. cit.*, pp. 428-429 (qui cite K. Fach, *op. cit.*, p. 375 et suivantes). Par ailleurs, K. Fach (*Ibidem*, p. 345) fait également référence à l'hypothèse inverse, à savoir que les lois de police des pays autres que le for pourraient être « prises en compte » par la *datum-theory*, tout comme les règles de sécurité et de conduite. Pour de plus amples informations sur la possibilité de considérer les règles impératives autres que celles du for comme *local data*, cf. p. 360 et suivantes. Cf. en particulier les pages 364-369, où l'on évalue le rôle que peuvent jouer les règles impératives du lieu de l'*actus* lorsque la *lex causae* est la *lex loci damni*.

<sup>43</sup> S. C. Symeonides, *op. cit.*, pp. 211-215.

<sup>44</sup> A. Dickinson, *op. cit.*, p. 441.

## V. Autres difficultés : la doctrine traditionnelle sur l'applicabilité spatiale du droit public

En explorant les questions qui entourent l'art. 17 Rome II, des problèmes additionnels découlent de la nature des règles de sécurité et de comportement qui y sont mentionnées. Dans le domaine environnemental, ces règles comportent généralement des standards techniques environnementaux. Selon des positions conservatrices, ces standards, lorsqu'ils ont été légalement adoptés<sup>45</sup>, relèvent du droit public. Or, aux termes de ces mêmes approches traditionnelles, le droit public ne peut être appliqué que sur le territoire couvert par la juridiction de l'entité qui l'a édicté<sup>46</sup>. Différentes explications ont été avancées quant au raisonnement qui sous-tendrait cette position conservatrice. Dans la doctrine française, on considère que la difficulté réside dans l'attitude même des tribunaux français ; les juges français eux-mêmes seraient réticents à l'idée d'appliquer des dispositions de droit public étranger :

[...] Afin de justifier le refus, les tribunaux [...] invoquent un prétendu caractère politique de la loi [mais,] l'explication véritable est toujours la même : elle réside dans la répugnance du juge français à collaborer à la réalisation des buts que s'est fixés l'état étranger, alors qu'il a été institué pour servir ceux de la France<sup>47</sup>.

Dans la doctrine anglaise, le point de vue sur cette question est quelque peu différent : l'inapplicabilité des dispositions de droit public étranger est considérée comme étroitement liée à la doctrine de l'ordre public ou, plus précisément, à la suite de MM. Cheshire, North et Fawcett, à la théorie anglaise analogue à la notion d'ordre public international du *civil law*. L'ordre public international anglais interdit la reconnaissance de toute disposition juridique étrangère ou décision judiciaire étrangère qui serait « *repugnant to the distinctive policy of English law* », empêchant ainsi l'application de toute disposition juridique de nature pénale, fiscale ou de toute autre domaine relevant du droit public<sup>48</sup>. Il a été défendu que l'inapplicabilité des dispositions qui relèvent de ces trois catégories se justifierait, car elles impliquent une affirmation de l'autorité souveraine d'un État sur le territoire d'un autre État<sup>49</sup>. Par conséquent, des doutes ont été émis quant à la nature de cette exclusion : est-elle absolue, c'est-à-dire qu'elle affecterait toute loi ou disposition légale appartenant à l'une des catégories susmentionnées, ou limitée, c'est-à-dire exclusivement réservée aux dispositions de droit public étranger spécifiquement contraires à l'ordre public international du for ?<sup>50</sup> En tout état de cause, d'après MM. Cheshire, North et Fawcett, cette triple catégorisation des dispositions juridiques

---

<sup>45</sup> À l'exclusion donc des cas où ils sont du droit souple tel qu'élaboré, par exemple, par une association professionnelle

<sup>46</sup> Pour une discussion approfondie concernant les relations entre le droit public et le droit privé international cf., *inter alia*, F. Rigaux, *Droit public et droit Privé dans les relations internationales*, Publications de la Revue Générale de Droit International Public – Nouvelle série n°26, Paris, Editions A. Pedone, 1977 ; pour une évaluation plus complète et plus détaillée, cf. F. A. Mann, *Conflict of laws and public law*, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 132, Leiden, Martinus Nijhoff, 1971.

<sup>47</sup> P. Mayer, V. Heuzé, *Droit International Privé*, 8<sup>ème</sup> ed., Paris, Montchrestien, 2004, p. 77. Une explication similaire est fournie, par rapport à l'Espagne, par A. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Granada, Comares, 2008, p. 337 : « *En relación con este aspecto, la regla general derivada del art. 8 CC es que los tribunales y autoridades españolas no aplican en ningún caso, un Derecho Público extranjero (SAN CA 9 diciembre 2010 [...])* ». Cependant, les mêmes auteurs admettent par la suite qu'il y a quelques exceptions à ces idées.

<sup>48</sup> P. Torremans et al., *Cheshire, North & Fawcett Private International Law* (15<sup>th</sup> ed.), Oxford, OUP, 2017, p. 114 et ss.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 124-125.

étrangères inapplicables est fermement établie dans la jurisprudence de l'Angleterre et d'autres pays de *Common Law*<sup>51</sup>.

Si elle était adoptée, l'approche conservatrice de l'applicabilité spatiale du droit public mentionnée ci-dessus susciterait des interrogations qui pourraient avoir des conséquences importantes sur le fonctionnement de l'article 17 et, en dernière instance de l'article 7 de Rome II, dans la plupart des hypothèses d'atteintes à l'environnement.

Premièrement, dans certains cas, les victimes de dommages environnementaux peuvent avoir besoin que leur choix du droit applicable conduise à l'application de règles de droit privé et de droit public étrangères<sup>52</sup>. Cela soulève la question de savoir si les standards environnementaux de droit public peuvent être appliqués par un tribunal étranger à l'État qui les a édictés. La Commission européenne semble répondre implicitement en termes positifs à cette question dans l'exposé des motifs de la proposition Rome II. Selon elle, ces standards environnementaux de droit public seront « traînés » avec les règles de droit privé, chaque fois qu'une règle de conflit de lois désigne le droit d'un État donné comme applicable<sup>53</sup>. Mais cette position se heurte frontalement aux positions conservatrices précédemment décrites.

Deuxièmement, dans les affaires transfrontières<sup>54</sup>, il est assez fréquent que le pollueur et la victime se retrouvent face à une situation où deux ensembles différents de règles administratives sont en jeu : l'ensemble en vigueur dans le pays où le fait générateur du dommage s'est produit et l'ensemble en vigueur dans le pays où le dommage s'est produit. Habituellement, un seul de ces deux ensembles de règles administratives sera appliqué par la juridiction compétente pour prendre une décision au fond. Quelle fonction, le cas échéant, l'autre ensemble peut-il remplir ? Dans le cadre des atteintes transfrontières à l'environnement, les standards environnementaux inappliqués peuvent-ils avoir un impact sur la résolution des litiges ?

Ces idées laissent entendre que, dans le domaine des atteintes à l'environnement, l'interaction entre : i) les dispositions de l'UE en matière de conflit de lois et de compétence judiciaire internationale ; ii) les standards environnementaux prescrits par les dispositions nationales de droit administratif ou public ; et iii) l'article 17 du règlement Rome II peut être complexe à plusieurs égards, et mérite d'être évaluée au regard des positions conservatrices précédemment

---

<sup>51</sup> *Ibidem*, pp. 123-124. Ces auteurs expliquent en outre que dans le jugement anglais de 1984 dans l'affaire *A-G of New Zealand v Ortiz*, il est affirmé que le fil conducteur qui traverse les trois catégories susmentionnées provient du droit international. Cependant, comme il sera analysé ci-dessous à l'occasion du commentaire de la résolution de 1975 de l'Institut de Droit International, adoptée lors de sa session de Wiesbaden, ce dernier point semble être contestable.

<sup>52</sup> Par exemple, lorsque le dommage environnemental se concrétise par la violation d'un standard environnemental du pays du dommage, par exemple, présence de X+5 unités d'un produit chimique par unité de mesure dans l'air, l'eau ou le sol, alors que le droit administratif du pays du dommage limite la présence à X unités par unité de mesure.

<sup>53</sup> Exposé des motifs de la Proposition de Rome II, *op. cit.*, pp. 19-20.

<sup>54</sup> Les atteintes transfrontières à l'environnement (« Transboundary environmental torts ») sont celles « where the place where the accident has arisen and [the place] where damage has been suffered are located in different countries ». A l'inverse, la notion d'atteinte simplement internationale (« merely international tort ») n'est pas liée à la localisation des lieux du fait générateur et du dommage, mais renvoie à des situations dont l'élément international découle de la « multinational dimension of one of the persons involved (usually the polluter) », cf. F. Munari, L. Schiano di Pepe, « Liability for Environmental Torts in Europe: Choice of Forum, Choice of Law, and the Case for Pursuing Effective Legal Uniformity », in A. Malatesta (éd.), *The unification of choice of law rules on torts and other non-contractual obligations in Europe. The "Rome II" proposal*, Padova, CEDAM, 2006, pp.173-219, à la p. 176.

mentionnées. À cette fin, un modèle hypothétique sera élaboré (VII). Mais auparavant, puisque certains des développements précédents ont été formulés de façon générale par référence aux dommages environnementaux « classiques », examinons plus précisément comment certains d'entre eux se concrétisent en matière de changement climatique. Pour ce faire, revenons au contexte des faits de l'affaire *Lliuya c. RWE* et à l'opinion de MM. Lehmann et Eichel sur cette affaire.

## **VI. Le rôle potentiel de l'article 17 dans les contentieux sur le changement climatique, à l'encontre des faits de l'affaire *Lliuya c. RWE*<sup>55</sup>**

L'une des analyses les plus pertinentes quant aux questions susmentionnées relatives aux litiges en matière de changement climatique, ainsi que plus généralement par rapport aux aspects de droit international privé de l'affaire *Lliuya c. RWE*, est celle formulée par MM. Lehmann et Eichel. Leur opinion générale sur les litiges internationaux privés en matière de changement climatique est déterminée par le fait qu'ils considèrent qu'il est injuste que les émetteurs puissent potentiellement être tenus pour responsables des dommages « *individuels* » causés par le changement climatique alors que leur contribution au « *réchauffement climatique anthropique* » n'est qu'abstraite<sup>56</sup>. Plus précisément, ces auteurs semblent avoir plusieurs préoccupations connexes, dont la plupart tournent autour de la prévisibilité de la responsabilité de l'émetteur en matière de changement climatique : i) ils considèrent qu'il est injuste que l'émetteur doive répondre à une myriade de « *lois du lieu du dommage* » potentiellement applicables, car cela rend leur situation juridique imprévisible<sup>57</sup>; ii) ils considèrent qu'il est injuste que l'émetteur puisse être tenu responsable ou soit contraint de cesser son activité alors que ses actions étaient licites selon la loi du lieu du fait générateur<sup>58</sup>; et iii) ils considèrent que le contentieux du changement climatique déborde les simples enjeux du contentieux international privé, car il est entremêlé de délicates questions de respect de la souveraineté des États, de relations internationales et de « *diplomatie climatique* »<sup>59</sup>.

L'opinion de MM. Lehmann et Eichel repose sur le constat que les émetteurs ont souvent un permis ou une autorisation d'émission des GES. Dans l'affaire *Lliuya c. RWE*, ce soi-disant permis ou autorisation découlerait *in fine* du système européen d'échange de quotas d'émission (ci-après « SEQE »)<sup>60</sup>. De ce constat, ils entreprennent une analyse pour clarifier si ces permis de droit public sont pertinents et, le cas échéant, quels sont les effets qu'ils produisent au regard

---

<sup>55</sup> Pour éviter tout doute, à l'exception du texte entourant les notes 65 et 66 qui résume les travaux de C. Cheneviere, et de l'avant-dernier paragraphe, à savoir, « [d]e ce point de vue, la prochaine étape du raisonnement serait d'identifier... », qui présente certaines de mes réflexions, l'ensemble du texte de cette section est une synthèse des développements dans M. Lehmann, F. Eichel, *op. cit.*, pp. 108 et ss. Cette synthèse s'efforce de respecter la formulation des idées qui ont été présentées à l'origine en langue allemande. Cette section contient donc presque exclusivement des idées d'autres auteurs.

<sup>56</sup> M. Lehmann, F. Eichel, *op. cit.*, p. 108 (nous traduisons).

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 87. La prévisibilité pour le pollueur semble être une préoccupation centrale pour eux, et se manifeste tout au long de l'article. Cf. à titre d'exemple la discussion sur la compétence judiciaire aux pp. 89-92.

<sup>58</sup> *Ibidem*, pp. 81-82.

<sup>59</sup> Par exemple, *Ibidem*, p. 82 (nous traduisons).

<sup>60</sup> Le système est construit sur la base de multiples textes juridiques et amendements, mais il découle principalement de la Directive 2003/87/EC du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, OJ 25.10.2003, L 275, p. 32.

de l'article 17 Rome II<sup>61</sup>. Le fait que les émetteurs aient un permis ou une autorisation d'émettre, en l'espèce dans le cadre du SEQE, entraîne, au moins à première vue, une différence avec de nombreux cas d'atteintes à l'environnement « courantes » qui comprennent l'application de standards environnementaux établis par des règles de droit public. Comme l'admettent lesdits auteurs, la situation est donc différente de celle que l'art. 17 envisage explicitement, à savoir des règles de sécurité et de comportement. L'« *applicabilité de l'article 17 Rome II à des actes individuels concrets tels que, par exemple, une autorisation administrative est controversée, car la formulation parle de "règles" et non d'actes administratifs* »<sup>62</sup>. Néanmoins, MM. Lehmann et Eichel rejettent cette controverse au motif que « *le libellé [de l'article] ne saurait avoir trop de poids* », car la disposition est « *fondée sur l'article 9 de la Convention de La Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits du 2 octobre 1973, qui, selon les travaux préparatoires, doit être interprétée de la manière la plus large possible* »<sup>63</sup>. Ils conçoivent donc ces « *autorisations* » de droit public comme de simples « *concrétisation[s] des règles générales abstraites de sécurité et de comportement* » dont la reconnaissance « *similaire à la reconnaissance des jugements en termes de procédure civile est de toute façon incontestable* », ce qui permet de conclure que l'art. 17 couvre effectivement les permis ou autorisations<sup>64</sup>.

Cependant, il est incertain que le SEQE revienne à créer des permis ou des autorisations en droit administratif. Il existe une controverse doctrinale quant à la nature juridique des « quotas » créés par la directive 2003/87/CE, l'instrument central du SEQE. De fortes divergences terminologiques dans ses différentes versions linguistiques existent qui font alternativement référence à un « titre » qui « autorise l'émission de GES » ou à un « droit d'émission » à la place d'un « quota »<sup>65</sup>. Certains auteurs considèrent que les quotas sont une notion juridique *sui generis* et d'autres les conçoivent simplement comme un moyen de paiement aux entités publiques pour les GES émis au cours de l'année précédant ledit paiement<sup>66</sup>. Toutefois, pour les besoins de cette démonstration, la qualification de MM. Lehmann et Eichel ne sera pas contestée. Il sera admis que le SEQE fournit aux émetteurs des permis ou autorisations administratives.

Après avoir assimilé les autorisations administratives d'émission de GES à des règles de sécurité et de comportement, MM. Lehmann et Eichel examinent ensuite dans quelle mesure l'émetteur peut se prévaloir de ces autorisations de droit public accordées par les autorités du lieu où le fait générateur du dommage est survenu comme moyen de défense contre la « *responsabilité en matière de changement climatique en vertu d'une lex loci damni étrangère* »<sup>67</sup>. Ces auteurs considèrent tout d'abord que la pertinence des autorisations ne peut être ni admise, ni rejetée de manière catégorique, ce que la formulation ouverte de l'article 17 Rome II reflète : « il est tenu compte, en tant qu'élément de fait et pour autant que de besoin ». Ils affirment néanmoins que la balance devrait pencher en faveur de la protection de l'émetteur, car « [...] *si l'émetteur ne pouvait pas prévoir les effets de ses actes dans d'autres pays, il devrait pouvoir compter sur*

---

<sup>61</sup> M. Lehmann, F. Eichel, *op. cit.*, p. 98. Le titre de la section se traduit approximativement par « Pertinence des autorisations en vertu de l'article 17 de Rome II » (nous traduisons).

<sup>62</sup> M. Lehmann, F. Eichel, *op. cit.*, p. 98.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> C. Cheneviere, *Le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre - Protéger le climat, préserver le marché intérieur*, Bruylant, 2018, p. 200.

<sup>66</sup> C. Cheneviere, *op. cit.*, pp. 189 et ss.

<sup>67</sup> M. Lehmann, F. Eichel, *op. cit.*, pp. 98-99 (nous traduisons).



*la licéité de ses activités au lieu du fait générateur [...] »<sup>68</sup>. Selon eux, l'émetteur « ne peut faire plus que demander une autorisation au lieu du fait générateur », <sup>69</sup> de sorte que « la protection de la confiance de la société émettrice basée sur l'autorisation nationale doit être prise en considération »<sup>70</sup>.*

Ainsi, puisqu'ils considèrent que l'émetteur doit pouvoir se fier au permis, ils analysent ensuite quelle valeur ou quel effet ce dernier est censé précisément avoir. Bien que cette partie du raisonnement de MM. Lehmann et Eichel brouille peut-être la distinction entre les notions d'application et de prise en considération, elle ne sera pas remise en cause. Ces auteurs présentent la distinction entre la théorie de l'extension des effets en vertu de laquelle « l'autorisation pourrait se voir accorder l'effet qu'elle a en vertu de la loi de son état d'origine », et la théorie de l'attribution des effets en vertu de laquelle l'autorisation pourrait se voir accorder « les effets qu'une autorisation comparable aurait dans la loi du lieu du dommage [...] »<sup>71</sup>. En ce qui concerne la responsabilité en matière de changement climatique, dans le cadre de l'art. 17 Rome II, ils plaident en faveur d'une extension des effets « puisque la loi du lieu du dommage [...] n'est précisément pas prévisible pour l'auteur de l'acte dommageable [...] »<sup>72</sup>.

En conséquence, l'étape suivante du raisonnement consisterait à précisément identifier les effets qu'une autorisation ou un permis peut produire. La réponse à cette question n'est pas sans équivoque. Les droits matériels nationaux peuvent leur conférer des effets différents, variant de l'absence d'effet en droit privé à un arsenal complet d'effets de droit privé, le plus souvent en matière de responsabilité extracontractuelle, en passant par différents recours à l'instar d'actions en réparation sans possibilité d'injonction.

Supposons pour le moment que le droit allemand exclue toute action de droit privé, ce qui exonère l'émetteur de toute responsabilité. Dans la mesure où selon MM. Lehmann et Eichel, les permis doivent être assimilés à des règles de sécurité et de comportement au sens de l'article 17 Rome II, certaines des difficultés mentionnées ci-dessus en rapport avec les doctrines traditionnelles concernant l'applicabilité spatiale du droit public seraient reproduites. Comme il a été annoncé, un modèle hypothétique créé en modifiant légèrement les faits de l'affaire *Lliuya c. RWE* est formulé pour explorer les conséquences de tous ces développements.

## **VII. Modèle hypothétique**

Les paragraphes suivants visent à examiner les effets pratiques de l'interaction entre l'article 17 Rome II, les dispositions de l'UE en matière de conflit de lois et de compétence judiciaire internationale pertinentes pour l'environnement et les standards environnementaux nationaux, en particulier lorsqu'ils s'expriment par des autorisations ou des permis administratifs, et non par des règles de droit public, comme c'est le cas dans le contexte du changement climatique. À cette fin, un modèle hypothétique sera élaboré. Celui-ci envisagera toutes les possibilités offertes aux victimes d'atteintes à l'environnement transfrontières quant à la configuration

---

<sup>68</sup> *Ibidem*, pp. 100-101 (nous traduisons).

<sup>69</sup> *Ibidem* (nous traduisons).

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 99 (nous traduisons).

<sup>71</sup> *Ibidem*, pp. 101-102 (nous traduisons).

<sup>72</sup> *Ibidem* (nous traduisons).

entre compétence judiciaire internationale et conflit de lois, y compris les conséquences que leurs choix auront sur la portée de l'article 17 Rome II.

Le modèle sera construit sur la base des faits légèrement modifiés de l'affaire *Lliuya c. RWE* et par l'inclusion de certaines hypothèses.

Premièrement, le lieu du dommage sera « déplacé » sur le territoire de l'UE. Les règles de compétence judiciaire internationale pourront ainsi être incluses au modèle. Supposons donc que M. Lliuya est domicilié aux Pays-Bas où son domicile sera probablement inondé par la montée du niveau de la mer, et qu'il réclame à RWE 0,47 % du coût de la protection de son domicile.

Deuxièmement, les réflexions à venir seront surtout pertinentes lorsque le droit matériel applicable est fondé sur la faute, et beaucoup moins s'il consacre une responsabilité objective à l'instar du droit allemand en l'espèce<sup>73</sup>. En conséquence, les développements suivants supposeront que tout droit susceptible d'être appliqué est fondé sur la faute, afin de garantir que le comportement de l'émetteur soit pleinement considéré<sup>74</sup>.

Troisièmement, à supposer que le SEQE crée des autorisations administratives<sup>75</sup>, on peut avancer qu'il s'agit simplement d'une forme supérieure d'intervention des pouvoirs publics et qu'il ne présente donc aucune spécificité particulière aux fins de ce modèle par rapport aux autres standards environnementaux de droit public<sup>76</sup>. Si tel est le cas, toute considération sur

---

<sup>73</sup> M. Lehmann, F. Eichel, *op. cit.*, p. 102 se référant à la responsabilité objective dans la loi allemande sur la protection de l'environnement.

<sup>74</sup> A. Dickinson, *op. cit.*, p. 641. Selon M. Dickinson, si la responsabilité dans le cadre de la loi applicable est fondée sur la responsabilité objective, le comportement de l'auteur présumé du délit ne sera pas évalué du tout et, dans ces circonstances, l'article 17 n'aura pratiquement aucun effet, voire aucun effet.

<sup>75</sup> Ce qui, comme mentionné au paragraphe entourant les notes 65 et 66, peut être remis en question.

<sup>76</sup> Un certain secteur du monde académique, dont MM. Lehmann et Eichel, considère que les normes de droit public et les autorisations administratives ne présentent pas de différence significative en termes de résultats pratiques l'une par rapport à l'autre, et que puisqu'elles sont toutes deux des formes d'intervention de l'autorité publique, les idées sur chacune d'elles devraient, en principe, être transposables, *mutatis mutandis*, à l'autre. Pour des considérations introductives sur ces thèmes, S. Francq, « Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles », in S. Francq, C. Henricot, S. Saroléa, P. Wautelet, *Actualités du droit international privé*, collection recyclages en droit, Anthemis, 2009, pp. 69-141, aux pp. 131-133. MM. Bernasconi et Betlem ont consacré un article au thème des autorisations (C. Bernasconi & G. Betlem, « Cross-border pollution: private international law analysis of administrative authorisations as regulatory compliance defence (A view from Europe) », *International Law – Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 2003-2, 2003, pp. 301-317) mais il présente un intérêt limité de nos jours, car il est antérieur au règlement Rome II et, par conséquent, le raisonnement pertinent ne s'inscrit pas dans un contexte juridique où le *favor laesi* et la protection de l'environnement sont censés jouer un rôle important. Cf. également - bien qu'avec la même prudence - G. Palao Moreno, *La responsabilidad civil por daños al medioambiente*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1998, pp. 133-141 (et la bibliographie qui y est citée, en particulier la note de bas de page 299) ; C. Zilioli, « Choice of Law », in C. von Bar (ed.), *Internationales Umweltshaftungsrecht I. Auf dem Wege zu einer Konvention über Fragen des Umwelthaftungsrecht*, 1994, Köln, C. Heymanns, pp. 177-194, à la p. 190 (un résumé d'une page de la question) ; M. Vinaixa, *op. cit.*, pp. 411-425, and K. Fach, *op. cit.*, pp. 386-411. Cf. ces avis avec J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho Internacional Privado* (3e éd.), Madrid, Civitas, p. 392-393 : ces auteurs considèrent que la question des autorisations et permis étrangers doit être distinguée de la question de l'application du droit public étranger, et doit être comprise comme ressemblant à la question de la reconnaissance et de l'exécution des actes et documents publics étrangers. Si tel était le cas, les arguments relatifs à l'exception d'ordre public international, au motif que les permis et autorisations impliqueraient une affirmation d'autorité de la part d'une entité souveraine étrangère, seraient alors applicables.

ces standards administratifs énoncés via des règles de droit public serait transposable, *mutatis mutandis*, aux autorisations, et vice-versa. Compte tenu de l'absence de consensus doctrinal au sujet de la nature juridique des quotas du SEQE, le modèle adoptera délibérément une position neutre sur ce point afin de pouvoir accommoder les multiples positions existantes sur ces thèmes

Quatrièmement, il sera présumé qu'en droit allemand, les autorisations administratives issues du SEQE excluent toute action sur le fondement du droit privé, immunisant ainsi l'émetteur de toute responsabilité civile. En réalité, cela ne semble pas être le cas<sup>77</sup>.

Cinquièmement, à la différence des litiges concernant d'autres types d'atteintes à l'environnement, dans les litiges relatifs au changement climatique similaires à *Lliuya*, c'est-à-dire relatifs à des dommages causés à un particulier, les permis, autorisations ou autres normes de droit public du pays du dommage ne sont pas pertinents. Dès lors, ils ne seront pas commentés dans les prochains paragraphes. La situation serait peut-être différente si le dommage en question était un dommage environnemental *stricto sensu*, car la délimitation des dommages écologiques purs peut parfois nécessiter l'intervention des règles de droit public du pays du dommage.

Sixièmement, à supposer qu'ils existent, aucune considération ne sera prêtée aux arguments que M. Lliuya pourrait invoquer sur le fondement du principe *sic utere tuo ut alienum non laedas* en droit international public, nonobstant sa qualité de particulier<sup>78</sup>.

Septièmement, les arguments que RWE pourrait fonder sur la reconnaissance mutuelle en vertu du droit du marché intérieur de l'UE ne seront pas non plus considérés. D'une part, il est discutable que ces arguments existent. D'autre part, à supposer qu'ils existent, ils saperaient l'art. 7 de Rome II. L'utilité d'un modèle à ce sujet disparaîtrait.

Conformément aux dispositions en matière de compétence judiciaire internationale en vigueur dans l'UE, à savoir les articles 7, par. 2 et 4 du règlement Bruxelles I bis, M. Lliuya peut choisir d'engager une procédure devant les tribunaux des Pays-Bas, for du fait dommageable, ou bien devant les tribunaux allemands, for du domicile du défendeur, et lieu où le fait générateur du dommage est survenu. Conformément à l'article 7 Rome II, la victime pourra également choisir la loi à appliquer à la question litigieuse entre la loi du lieu du dommage et la loi du lieu du fait générateur du dommage. Par conséquent, suivant le choix de M. Lliuya de la juridiction compétente et de loi applicable, quatre configurations sont envisageables pour le litige. Chacune de ces situations sera examinée dans les pages suivantes.

#### **A. Première situation : tribunaux néerlandais ; droit néerlandais applicable**

Dans la première configuration envisageable, M. Lliuya décide d'engager une procédure « à domicile », devant le tribunal du lieu où le dommage survient, et choisit d'appliquer la loi du

---

<sup>77</sup> M. Lehmann, F. Eichel, *op. cit.*, pp. 102-103.

<sup>78</sup> Pour un aperçu de cette notion, cf. J. Brunnée, « *Sic utere tuo ut alienum non laedas* » (2010), in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck encyclopedia of public international law*, online edition. Pour une évaluation spécifique du potentiel du principe en ce qui concerne l'intersection entre le changement climatique, le droit international public et les relations internationales, et incluant des suggestions sur la manière dont le principe devrait être « adapté » dans ce domaine, cf. B. Mayer, « The Relevance of the No-Harm Principle to Climate Change Law and Politics », *Asia-Pacific Journal of Environmental Law*, vol. 19, 2016, pp. 79-104.

même pays, à savoir celui des Pays-Bas. Cette coïncidence entre *forum* et *ius* – le tribunal compétent applique son propre droit national – présente l'avantage non négligeable d'écarter les questions procédurales liées à l'intervention du droit étranger, ainsi que d'autres avantages potentiels pour la victime<sup>79</sup>.

À son tour, RWE peut avoir recours à l'art. 17 Rome II pour se prévaloir soit d'une exonération de responsabilité, soit de sa limitation. Lorsque la loi choisie par la victime n'est pas la *lex loci actus*, tout pollueur ou émetteur de GES pourrait en effet prétendre, suivant une interprétation textuelle stricte de l'article 17, du considérant 34 et de l'exposé des motifs, que le tribunal compétent doit ou est tenu de prendre en considération l'autorisation administrative ou la disposition de droit public pertinente en tant que règle de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au moment où le fait générateur du dommage s'est produit<sup>80</sup>.

En contrepoint, M. Lliuya peut alléguer, conformément à la position conservatrice susmentionnée sur la territorialité des permis, autorisations et normes de droit public, que l'autorisation ne devrait pas être reconnue aux Pays-Bas. Il peut défendre cette position en s'appuyant, au surplus, sur un argument de réciprocité. Dans le cadre des litiges portant sur la responsabilité environnementale, « dans la jurisprudence allemande, les autorisations étrangères ont toujours été sans importance en raison du principe de territorialité du droit public »<sup>81</sup>. RWE pourrait excepter que la position conservatrice susmentionnée est aujourd'hui critiquée par certains membres de la doctrine, et que des tendances plus modernes de la pensée juridique plaident contre l'exclusion de principe des dispositions de droit public étranger<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> Si les avantages stratégiques qui découlent de cette configuration pour la victime ne peuvent être niés, il convient de rappeler que la raison d'être de la règle de compétence internationale, selon la CJUE, n'est pas le principe du *favor laesi* mais la proximité physique au résultat dommageable, qui est censé faciliter l'obtention de preuves, cf. ECJ, *Handelskwekerij G.J. Bier B.V. & the Reinwater Foundation v. Mines de Potasse d'Alsace S.A.*, affaire 21-76, ECLI:EU:C:1976:166.

<sup>80</sup> Cf. note de bas de page 34 et texte qui l'accompagne.

<sup>81</sup> M. Lehmann, F. Eichel, *op. cit.*, p. 99 (nous traduisons).

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 99. M. Lehmann, F. Eichel signalent que « le principe de territorialité est de plus en plus remis en cause dans le droit administratif international » (nous traduisons). Malgré la persistance dans la doctrine de la position « conservatrice », il faut reconnaître que des positions nuancées se retrouvent chez les auteurs européens. Cf. par exemple, M. Bogdan, « Private International Law as a Component of the Law of the Forum. General Course on Private International Law », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 348, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, pp. 236-246 : « [...] courts are naturally bound by the public-law rules of the *lex fori* and have to apply them in accordance with the intention of the forum country's legislator, irrespective of the law governing the private-law aspects of the relationship pursuant to the conflict rules of the forum ». Il reconnaît toutefois que « [t]he matter is somewhat more complicated as far as foreign public-law rules are concerned » ; p. 237. Ainsi, M. Bogdan distingue le « Non-enforcement of Claims based of Foreign Public Law » du rôle du « Foreign Public Law in Private Disputes ». Les « Claims based of Foreign Public Law [...] do not normally deserve to be enforced by courts » (p. 238). En ce qui concerne le droit public étranger dans les litiges privés, il considère que « [...] the forum should not normally make itself an instrument for enforcing foreign public-law prohibitions and other similar rules, irrespective of whether they are part of the applicable *lex causae* or not ». Mais il soutient, sans fournir d'explication complémentaire, que le régime des règles de droit public « should in essence depend on the power, in the individual case, of the foreign State to enforce its own rules » (p. 242). Cf. aussi F. -E. Klein (ed.), *Colloque de Bâle sur le rôle du droit public en droit international privé (20 et 21 mars 1986) - Rapports et procès-verbaux des débats*, Bâle, Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1991. Les quatre contributions de cet ouvrage sont assez éclairantes sur ces questions, illustrant comment, depuis les années 70, certains auteurs européens semblent adopter les positions « nuancées » évoquées. Certains éléments de « contestation » de l'approche conservatrice se retrouvent déjà dans l'ouvrage de F. A. Mann (*op. cit.*, pp. 182-196). Globalement, il faut reconnaître que le fait que l'application du droit public étranger

Dans ce contexte, à quelles questions le juge néerlandais devrait répondre ? Sans préjudice d'autres questions, le fait que l'émetteur ou le pollueur soit fondé à se prévaloir de l'article 17 afin de réduire le montant des dommages-intérêts qu'il encoure, voire de l'exonérer de sa responsabilité, est-il compatible avec les objectifs et les principes du droit environnemental de l'Union européenne ? Le considérant 25 du règlement Rome II se réfère explicitement à ces objectifs et principes, notamment, au « niveau de protection [environnementale] élevé » inscrit à l'article 191 TFUE et au principe du « pollueur-payeur » pour justifier le recours au « principe du traitement favorable à la personne lésée » à l'article 7. Par conséquent, il est légitime de se demander si une telle interprétation de l'article 17 qui exonérerait le pollueur de sa responsabilité, ou la limiterait, ne serait pas contraire à l'ensemble de la logique qui sous-tend l'intervention de l'UE en matière d'environnement par le biais du droit international privé.

Du point de vue de la dissuasion, une telle interprétation serait du moins contre-productive. La réduction du potentiel d'indemnisation diminue nécessairement l'éventuelle et déjà questionnable faculté de dissuasion que peut avoir la responsabilité civile en matière de délits commis par des entreprises<sup>83</sup>. Ainsi, à tout le moins du point de vue de la dissuasion, une application textuelle stricte de l'article 17 porterait atteinte à l'article 7.

En définitive, si la lecture littérale de l'article 17 devait l'emporter sur la position conservatrice concernant la territorialité du droit public, ou si cette dernière devait être écartée, l'argument clé pour M. Lliuya serait d'alléguer que l'exception d'ordre public international s'opposerait à la « prise en considération » de l'autorisation ou du permis allemand au motif, par exemple, que cette prise en considération constituerait une atteinte à la souveraineté du for. Si cette argumentation brouille une fois de plus la distinction conceptuelle entre les notions d'« application » et de « prise en considération », elle peut être le dernier moyen pour une victime de s'opposer à une interprétation textuelle stricte de l'article 17.

## **B. Deuxième situation : tribunaux allemands ; droit néerlandais applicable**

Dans le deuxième scénario envisageable, M. Lliuya décide d'engager une procédure en Allemagne, mais opte pour le droit néerlandais. Plusieurs raisons justifient le choix d'une juridiction allemande : i) une exécution simplifiée de l'éventuel jugement contre le pollueur ; ii) le caractère éventuellement avantageux du droit procédural allemand ; iii) l'obtention simplifiée de certaines preuves ; ou iv) toute autre raison pouvant découler des spécificités *in casu*.

En dépit de la différence de compétence judiciaire internationale, le rôle que devrait jouer l'article 17 Rome II, et les difficultés qui en découlent, sont exactement les mêmes que dans la première situation décrite ci-dessus. En conséquence, les développements ci-dessus sont applicables à cette seconde situation.

Toutefois, la situation se complique dans cette configuration par le fait qu'il est question d'une autorisation nationale : un permis allemand qui doit être « pris en considération » par un

---

reste, en général, exceptionnelle « est moins fonction de l'impossibilité théorique d'envisager une telle application que du faible degré d'intégration de la communauté internationale », cf. F. Rigaux, M. Fallon, *Droit International Privé* (3e éd.), Bruxelles, Larcier, 2005, p. 35.

<sup>83</sup> Pour plus de développements, cf. E. Álvarez-Armas, « Contentieux du droit international privé pour responsabilité environnementale devant le juge européen : la détermination du droit applicable comme outil de gouvernance globale environnementale », *Annales de Droit de Louvain*, Vol. 77-1, 2018, pp. 63-87, à la p. 76.

tribunal allemand. Il s'ensuit que le demandeur ne pourra alléguer de la territorialité du droit public, des autorisations ou des permis publics. Pire encore, ce type de raisonnement pourrait éventuellement profiter à l'émetteur, car les arguments relatifs à la souveraineté et à l'autorité publique peuvent renforcer la position de ce dernier<sup>84</sup>. En outre, l'exception d'ordre public ne peut pas non plus bénéficier à la victime. Si elle s'appliquait, elle ne profiterait qu'à l'émetteur qui pourrait y avoir recours pour exclure tout élément défavorable de droit néerlandais, en particulier tout élément susceptible d'être interprété comme une limitation de la souveraineté allemande quant au permis émis.

### C. Troisième situation : tribunaux néerlandais ; droit allemand applicable

Dans la troisième configuration envisageable, M. Lliuya décide d'engager une procédure devant les tribunaux du pays où le dommage survient, à savoir les Pays-Bas, mais opte pour la loi du pays du fait générateur du dommage, à savoir l'Allemagne.

Vis-à-vis de l'article 17, une interprétation littérale de celui-ci exclurait son application à ce type de situation. Si l'autorisation ou le permis sont qualifiés de règles de sécurité et de comportement « en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait qui a entraîné la responsabilité » comme le défendent MM. Lehmann et Eichel, alors ils sont déjà compris dans la *lex causae*. Leur prendre en considération est donc dispensable. Ils seront de toute façon « appliqués ».

En conséquence, comment M. Lliuya peut exclure l'autorisation ou le permis allemand ? Comme évoqué précédemment, il peut avancer la position traditionnelle d'exclusion des dispositions, permis et autorisations de droit public étranger, ainsi que tous les arguments connexes (nature politique, application exclusivement territoriale, etc.).

À son tour, RWE peut présenter, en les adaptant aux autorisations et permis étrangers, plusieurs contre-arguments :

i) Premièrement, il peut invoquer *mutatis mutandis* les conclusions d'une résolution de 1975 de l'Institut de droit international, adoptée lors de sa session de Wiesbaden, sur « l'application du droit public étranger », qui déclare que :

Le caractère public attribué à une disposition du droit étranger désigné par la règle de conflit de lois ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition, sous la réserve fondamentale de l'ordre public [...] Le prétendu principe de l'inapplicabilité a priori du droit public étranger, comme celui de son absolue territorialité, principe invoqué, sinon appliqué, par la jurisprudence et la doctrine de certains pays : a) n'est fondé sur aucune raison théorique ou pratique valable, b) fait souvent double emploi avec les principes de l'ordre public, c) est susceptible d'entraîner des résultats peu souhaitables et peu conformes aux exigences actuelles de la collaboration internationale [...] La portée de la règle et des déclarations qui précèdent n'est en rien affectée par le fait que le droit étranger considéré comme public demeure moins fréquemment appliqué pour diverses raisons [...] <sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> M. Lehmann, F. Eichel, *op. cit.*, p. 101.

<sup>85</sup> Institut de Droit International, P. Lalive (rapp.), « Résolution : L'application du droit public étranger », *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Wiesbaden session 1975, Geneva, 1975, pp. 274-278. Le texte final en langue française de la résolution (le texte français fait foi) est disponible, le 2 juillet 2020, au lien



Comme les résolutions de l'Institut, malgré leur immense valeur académique, ne sont pas une source de droit en tant que telles, la recevabilité et le poids de cet argument dépendront de la position du tribunal concerné sur la question, et/ou de l'opinion majoritaire de la doctrine de l'État du for.

ii) Le deuxième contre-argument que l'émetteur peut avancer est la notion de « référence complète » à un ordre juridique donné. Chaque fois qu'une règle de conflit de lois désigne la loi d'un État donné, cette référence doit être comprise comme désignant l'ensemble de l'ordre juridique concerné, indépendamment du fait que des dispositions données soient qualifiées de droit « *privé* » ou « *public* ». En d'autres termes, la règle de conflit désignerait comme applicable toute règle de l'ordre juridique désigné dans la mesure où elle est nécessaire pour résoudre le litige en question<sup>86</sup>. Comme indiqué ci-dessus, le fait que les règles de conflit puissent fonctionner ainsi est l'une des hypothèses implicitement envisagées par la Commission européenne dans l'exposé des motifs de la proposition Rome II. Il est donc suggéré ici que cela pourrait être utilisé comme contre-argument.

iii) Le troisième et dernier contre-argument qui peut être avancé est une formulation alternative du premier, et une légère variation par rapport à certaines des considérations britanniques mentionnées ci-dessus. En principe, tant qu'il n'y a pas d'affirmation d'autorité souveraine en jeu, exclure *prima facie* les dispositions étrangères de droit public n'est pas indispensable, car la plupart d'entre elles seraient inoffensives pour l'État du for. Plus encore, l'objet même de l'exception d'ordre public international est « d'évincer la loi étrangère lorsque la politique du législateur étranger ne [permettrait pas de] recevoir le soutien du législateur du for »<sup>87</sup>.

Cependant, ce dernier argument est en fait une arme à double tranchant, car l'exception d'ordre public international peut être invoquée par la victime également. Malgré d'éventuelles difficultés techniques, la victime peut prétendre que l'autorisation ou le permis allemand, en tant que règle de sécurité et de comportement, heurte frontalement les valeurs fondamentales du for. Bien que des recherches plus approfondies soient nécessaires, cet argument pourrait prospérer lorsqu'il est avancé à des fins de protection de l'environnement devant les tribunaux de certains pays européens réputés « verts », par exemple les pays scandinaves. Une autre possibilité serait que l'exception d'ordre public international soit appliquée si l'autorisation ou le permis sont interprétés comme une atteinte à la souveraineté du for.

#### **D. Quatrième situation : tribunaux allemands ; droit allemand applicable**

---

suivant : [https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1975\\_wies\\_04\\_fr.pdf](https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1975_wies_04_fr.pdf). M. Bogdan (*op. cit.*, pp. 245-246) mentionne une résolution de 1988 de l'International Law Association allant dans le même sens.

<sup>86</sup> Cf., *inter alia*, T. W. Dornis, *op. cit.*, p. 8 : « *As is commonly explained, the lex causae should cover the whole case and apply to all of its issues* ». Cf. également K. Fach, *op. cit.*, p. 355 : « [...] *Se interpreta que la remisión conflictual engloba todas las normas aplicables al supuesto de hecho, con independencia de que éstas sean dispositivas o imperativas, públicas o privadas* [...] ». M. Bogdan (*op. cit.*, pp. 242-243) décrit, malgré son désaccord personnel, une certaine tendance à considérer que « [...] *foreign public law* [...] *should* [...] *be subjected to the same conflict rules as private rules* ». P. Picone (« La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 197, Leiden, Martinus Nijhoff, 1986, pp. 264 et ss.) se réfère à une « *nécessité que l'ordre juridique, ainsi désigné, pris en bloc, voit respectée sa propre position de « primauté »* [...] » (nous soulignons). Cf. également, J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 390-393.

<sup>87</sup> F. Rigaux & M. Fallon, *op. cit.*, p. 141.

La dernière configuration du modèle ne sera que très brièvement envisagée. Ses éléments essentiels ont déjà été abordés dans les paragraphes précédents. En l'espèce, l'article 17, s'il est interprété littéralement, n'a pas non plus vocation à s'appliquer. En effet, les règles de sécurité et de comportement en vigueur en Allemagne sont les règles de sécurité et de comportement de l'ordre juridique désigné par la règle de conflit.

Cependant, par rapport aux configurations précédentes, celle-ci comporte des inconvénients supplémentaires pour M. Lliuya. Puisque les juridictions allemandes sont compétentes, à savoir celles du lieu où le fait générateur du dommage est survenu, il ne pourra pas invoquer ni la position conservatrice concernant l'exclusion des dispositions étrangères de droit public, ni l'exception d'ordre public international. Ainsi, aucun des arguments pro-victime présentés ci-dessus ne peut être invoqué pour exclure l'autorisation ou le permis allemands.

En conséquence, cette quatrième configuration du modèle est nettement désavantageuse pour la victime et, dans les conditions fixées dans ce modèle, semble être *a priori* celle à éviter. Il est donc probable que cette configuration ne soit que rarement retenue.

#### **E. Quelques conclusions extraites du modèle hypothétique**

Les quatre configurations possibles du modèle ayant été présentées, quelques conclusions peuvent en être tirées. Les première et deuxième configurations du modèle illustrent comment une interprétation littérale et une application obligatoire de l'article 17 de Rome II compromettent la liberté de la victime d'opter pour le droit applicable, ainsi que sa perspective de maximiser son indemnisation. En d'autres termes, l'effet utile de l'article 7 est gravement compromis par une interprétation littérale de l'article 17. Elle entrave son objectif de dissuasion et contrevient au principe de *favor laesi*, ainsi qu'aux autres principes de droit de l'environnement de l'UE. Ainsi, que ce soit par une simple interprétation cohérente ou par une modification du texte de l'article, l'accès à l'article 17 doit être fermé aux pollueurs potentiels.

Cependant, même si cela était réalisé, des difficultés importantes persisteraient. Fermer l'article 17 aux pollueurs ne libérerait que la première configuration du modèle de ces difficultés majeures. Les trois autres configurations envisageables se heurteraient encore à des obstacles importants. Dans les deuxième et quatrième configurations, la version « positive » de la position conservatrice concernant l'applicabilité du droit public, c'est-à-dire qu'un tribunal doit exclusivement appliquer son propre droit public, pourrait constituer un obstacle important à la réussite du litige pour la victime. Dans la troisième configuration, la notion de « référence complète » à un ordre juridique entraînerait également des résultats préjudiciables pour la victime. Sans préjudice d'autres considérations, la victime semble en principe fortement contrainte d'opter pour la première configuration.

Il ressort de ces remarques que la liberté de choix de la victime est en pratique loin d'être absolue. Pour garantir sa liberté de choix relative à la configuration du litige, il faudrait : i) que les tribunaux du pays du fait générateur du dommage soient véritablement accessibles, ce qui, pour l'instant, ne semble pas être le cas compte tenu des difficultés susmentionnées ; ii) garantir véritablement la liberté de choix du droit applicable devant les tribunaux du pays du dommage. Cela nécessiterait à la fois de fermer aux pollueurs l'accès à l'art. 17 Rome II et, soit d'adopter la position conservatrice concernant les autorisations et le droit public étranger, soit de la rejeter, mais à condition de protéger la victime par l'exception d'ordre public international.

Il faudrait donc nuancer ou reformuler les théories et notions pertinentes dans un sens favorable à la victime. Sans une réelle liberté de choix de la configuration du litige, il ne peut y avoir un véritable *favor laesi*. Sans *favor laesi*, il ne peut y avoir de mise en œuvre adéquate du principe du pollueur-payeur. Et sans ces deux éléments, l'objectif de l'article 7 de Rome II serait neutralisé.

Dans l'ensemble, il semblerait que dans des scénarios complexes comme ceux représentés par ce modèle hypothétique, le seul droit qui resterait à « choisir » serait peut-être exactement le même que celui qui a été consacré par la règle générale du règlement Rome II. Toutefois, une seule chose est certaine, les incertitudes interprétatives sont trop nombreuses. C'est pourquoi l'article 17 de Rome II peut être un joker en faveur des émetteurs de GES.

En contrepoint, les précédents de l'article 17 du règlement Rome II militent cependant en faveur d'une interprétation pro-victime, et non pro-pollueur, de celui-ci. Ces précédents seront examinés non pas sous l'angle des litiges relatifs au changement climatique, mais dans la perspective plus large des atteintes à l'environnement afin d'en tirer un enseignement plus général.

### VIII. Les antécédents de l'article 17 du règlement Rome II

L'article 17 du règlement Rome II n'est pas une nouveauté en droit international privé. Les origines de la théorie qu'il concrétise remontent probablement à la théorie des données locales et morales (« *local and moral data theory* ») de M. Ehrenzweig, théorie développée sous l'inspiration reconnue de la notion de « *datum* » de M. Currie et d'autres influences européennes<sup>88</sup>. La notion de données morales doit être comprise comme faisant référence à des « *instances of legal value judgments* »<sup>89</sup>, ou autrement dit, à des situations « *in which choice of law does in effect not occur because the issue is one affected by moral standards* »<sup>90</sup>. Les données locales, quant à elles, sont des « *questions which typically can or must be subjected to foreign rules without resort to a "choice of law"* »<sup>91</sup>. En ce qui concerne la première catégorie, M. Ehrenzweig trace une distinction très délicate au sein du droit de la responsabilité extracontractuelle, entre, d'une part, les « *moral data of behavioural standards* » et, d'autre part, les « *rules of decision such as the requirements of willful or gross negligence as against mere ordinary negligence, or the application of presumptions of fault* ». Alors qu'il affirme pour la première que chaque for est censé appliquer les siennes, la seconde serait soumise à la *lex causae*<sup>92</sup>. En ce qui concerne les données locales, il illustre son propos par un exemple tiré du droit de l'amirauté : « *such foreign rules as fixed speed limits or pilotage and manning*

---

<sup>88</sup> A. A. Ehrenzweig, « Local and moral data in the conflict of laws: terra incognita », *Buff. L. Rev.*, vol. 16, 1966-1967, pp. 55-60. On peut trouver des exemples similaires, mais avec plus d'explications, dans l'un des principaux ouvrages de cet auteur, *Private international law: a comparative treatise on American international conflicts law, including the law of admiralty*, vol. I, Leyden, Sijthoff, 1967, aux pp. 77-85, spécialement aux pp. 83 & 84.

<sup>89</sup> A. A. Ehrenzweig, *Private International Law*, op. cit., p. 77.

<sup>90</sup> A. A. Ehrenzweig, *Conflicts in a nutshell* (3<sup>rd</sup> ed.), St. Paul, West Pub. Co., 1974, p. 95.

<sup>91</sup> A. A. Ehrenzweig, *Private International Law*, op. cit., p. 83.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 80.

*requirements [apply], without recourse to choice of law, as local data under the local law of the defendant's conduct »<sup>93</sup>.*

Malgré ces racines doctrinales, l'inspiration explicite et la plus immédiate de l'article 17 du règlement Rome II se situe dans des dispositions analogues contenues dans deux conventions internationales rédigées dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé<sup>94</sup> : l'article 7 de la Convention du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière (ci-après CACR) et l'article 9 de la Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits (ci-après CRFP). En conséquence, les paragraphes suivants seront consacrés à l'analyse de ces précédents, en resserrant l'analyse autour des rapports explicatifs des deux conventions<sup>95</sup>.

#### **A. Rapport explicatif de W. Essén sur la Convention de La Haye de 1971**

L'article 7 de la CACR est libellé comme suit :

Quelle que soit la loi applicable, il doit, dans la détermination de la responsabilité, être tenu compte des règles de circulation et de sécurité en vigueur au lieu et au moment de l'accident.

Le rapport Essén présente l'article 7 de la CACR comme garantissant que, indépendamment du droit applicable, les règles de contrôle et de sécurité de la circulation en vigueur au lieu et au moment de l'accident sont prises en considération lors de l'appréciation de la responsabilité. Cette disposition est donc intéressante lorsqu'à la suite de l'application des règles de conflit de lois de la Convention, le droit applicable est celui d'un pays différent de celui du lieu de l'accident<sup>96</sup>. D'emblée, cet aspect témoigne de la difficulté de transposer le contenu de cet article aux atteintes environnementales. Aujourd'hui, l'article 7 Rome II ne désignera jamais la loi d'un pays différent du délit. Dans les atteintes environnementales transfrontières, les deux droits applicables possibles (*lex loci damni* et *lex loci actus*) sont liés à chacun des deux « lieux » du délit complexe. Dans les atteintes environnementales simplement internationales, le seul droit applicable possible est le (seul) droit du (seul) lieu de l'atteinte environnementale<sup>97</sup>. À l'inverse, les accidents de la route sont généralement des délits simples, et non complexes. En conséquence, toute autre loi éventuellement applicable ne sera généralement pas liée au lieu de l'accident.

---

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 84. Dans tout ce paragraphe, l'utilisation des verbes par l'auteur a été respectée : M. Ehrenzweig utilise le verbe « *to apply* » (aucune distinction nette n'est faite entre "applying" et "taking into account"). Dans la dernière citation du paragraphe, seul le temps du verbe entre parenthèses a été modifié.

<sup>94</sup> Exposé des motifs de la Proposition de Rome II, *op. cit.*, p. 27 : « *Cet article est basé sur les dispositions analogues des Conventions de La Haye sur les accidents de la circulation routière (article 7) et la responsabilité du fait des produits (article 9). Des principes équivalents figurent également dans le système de conflits de la quasi totalité des Etats membres, soit en vertu d'une disposition expresse, soit en vertu de la jurisprudence* ».

<sup>95</sup> Il semblerait que, au moins jusqu'en 1996, les tribunaux nationaux des États ayant ratifié les Conventions n'avaient pas élaboré de jurisprudence sur lesdites dispositions : M. Sumampouw, *Les nouvelles conventions de La Haye - Leur application par les juges nationaux*, vol. V, The Hague, Nijhoff, 1996.

<sup>96</sup> E. W. Essén, *op. cit.*, p. 211 [19], article 7, points 1, 2 et 3.

<sup>97</sup> Cf. note 54.

Outre ce premier avertissement, il est également nécessaire de souligner que le rapport Essén établit que les termes « règle » et « règles de circulation et sécurité » doivent être compris dans le sens le plus large possible : le premier comme incluant « la loi, le règlement et même un arrêté municipal », et le second comme une « formule souple qui laisse une vaste latitude à l'appréciation du juge » en ce qui concerne l'identification précise des concepts rentrant dans son domaine. Par ailleurs, le rapport souligne que si ces règles « ne sont qu'une donnée de fait », le juge « devra cependant tenir compte »<sup>98</sup>.

Ensuite, les informations les plus utiles à cette recherche se situent aux paragraphes 6.3 à 6.5 du commentaire de l'article 7 du rapport Essén. Ces trois paragraphes présentent des exemples du fonctionnement de l'article 7 de la CACR qui bien qu'improprement transposables au domaine des atteintes environnementales, peuvent être pertinents pour interpréter l'article 17 de Rome II.

Le paragraphe 6.3 traite des situations où « il n'existe pas de règle de limitation de vitesse dans la loi locale », c'est à dire la loi en vigueur dans le pays où l'accident se produit. Dans ces cas, un juge « peut néanmoins estimer que le conducteur a commis une faute en roulant trop vite, compte tenu des circonstances ». Jusqu'à présent, rien de révolutionnaire. La transposition de ce raisonnement aux atteintes environnementales impliquerait qu'un juge puisse tenir compte des circonstances en jeu. Par exemple, la disponibilité de preuves scientifiques sur l'impact environnemental d'un produit, l'emplacement d'une usine à proximité d'une frontière, le fait que le produit ait été déversé dans une rivière qui traverse d'autres pays, etc. Toutefois, l'élément clé du paragraphe 6.3 est l'affirmation très claire *in fine* : « [...] la loi locale ne peut dans un tel cas être invoquée pour exonérer le conducteur d'un acte qui serait fautif dans l'optique de la loi applicable »<sup>99</sup>. Dans le contexte environnemental, il en résulterait qu'en cas de choix par la victime de la *lex loci damni* alors que ses règles de sécurité et de conduite imposent un seuil maximal de produit chimique « Z » qui a été violé *in casu* par le pollueur, l'absence de normes limitant le rejet maximum de « Z » dans le cadre des règles de sécurité et de comportement du lieu du fait générateur ne saurait exonérer le pollueur de sa responsabilité.

Le paragraphe 6.4 traite des cas où « la loi de la responsabilité s'avère plus exigeante que la loi du lieu de l'accident ». Il donne comme exemple une situation où des phares antibrouillards ne sont pas exigés par la loi du lieu de l'accident mais le sont par la loi applicable aux questions de responsabilité. Il n'est pas possible de transposer le contenu de ce paragraphe au domaine des atteintes environnementales pour plusieurs raisons :

i) Comme nous l'avons déjà mentionné, en l'état actuel du droit, il ne peut y avoir de loi applicable à la responsabilité pour les atteintes environnementales qui ne soit pas l'une des lois du lieu de l'accident, soit la *lex loci actus*, soit la *lex loci damni*<sup>100</sup>.

ii) La transposition de cet exemple afin d'en tirer une quelconque leçon utile demanderait des adaptations plus drastiques que dans le cas du paragraphe 6.3. Il conviendrait notamment de

---

<sup>98</sup> E. W. Essén, *op. cit.*, p. 211 [19], article 7, points 4 à 6.

<sup>99</sup> D'emblée, cela est en opposition directe, *mutatis mutandis*, avec une utilisation favorable aux pollueurs de l'art. 17 dans les affaires transfrontières au sens suggéré par l'exposé des motifs de la Proposition de Rome II.

<sup>100</sup> Il en est ainsi, nonobstant la possibilité pour les deux parties de convenir d'une loi applicable conformément à l'article 14. Toutefois, malgré certains cas documentés, un accord sur la loi applicable semble difficile dans le domaine des délits environnementaux, car il est peu probable que la victime veuille renoncer à son avantage stratégique, à savoir son option législative.

considérer le « *lieu de l'accident* » comme le lieu du fait générateur du dommage. Ainsi, dans le contexte d'une atteinte environnementale transfrontière, un degré plus élevé d'exigence pourrait par exemple être rencontré dans les situations où les deux ordres juridiques en jeu ont des règles concernant le niveau d'émission de la substance chimique « Z », mais que celles en vigueur dans le pays où le dommage survient, lorsque cette loi est celle choisie par la victime, sont plus restrictives que celles de la loi du fait générateur du dommage. Par conséquent, cette adaptation amalgamerait le paragraphe 6.4 au paragraphe 6.3, ce qui amènerait à des conclusions similaires.

iii) Le sens général du paragraphe 6.4 est que dans des situations de niveaux d'exigence divergents entre les ordres juridiques en jeu, le juge peut considérer comme fautif le manquement à la *lex causae*, loi la plus rigoureuse. En effet, l'auteur du délit avait le choix entre le respect des dispositions de la *lex causae* ou la maximisation des précautions, des mesures de sécurité, pour éviter que le dommage survienne. Le paragraphe se termine par l'affirmation suivante : « [b]ien que la loi locale ne contienne aucune exigence semblable, le juge peut tenir compte de la [lex causae] pour la détermination de la responsabilité ». Pour autant, le paragraphe 6.4 ne semble pas offrir un raisonnement correct. Premièrement, les exemples qui y sont donnés sont des exemples d'application, et non de « prise en considération » ou de « prise en compte » de règles juridiques. Deuxièmement, par définition, tous les éléments relevant de la *lex causae* doivent être appliqués au litige.

En raison de ces difficultés, le seul enseignement utile à cette recherche que l'on peut tirer du paragraphe 6.4, c'est qu'à l'instar du paragraphe 6.3, l'approche adoptée n'est pas favorable au responsable du dommage.

Enfin, le paragraphe 6.5 vise à résumer le sens général de l'article 7 CACR et fait référence à « l'appréciation du caractère illicite de l'acte commis par l'auteur de l'accident ». Il établit que cette appréciation dépendra du « jeu combiné » de la loi locale et de la loi en vertu de laquelle la responsabilité est déterminée <sup>101</sup> :

Cette appréciation se fait selon la loi applicable, mais sur la base des éléments de faits [sic] tirés, entre autres, de la loi locale. Cette loi n'est donc utilisée que pour fournir certains éléments de fait au juge et lui permettre d'appliquer la loi relative à la responsabilité.

À l'évidence, parmi les trois paragraphes qui ont été commentés, ce dernier est le seul qui contient une proposition interprétative qui peut être qualifiée de neutre, à savoir qui ne préjudicie pas directement l'auteur du délit.

L'apparente neutralité de cette affirmation témoigne de la nécessité de déterminer la marche à suivre dans les scénarios extrêmes. Un tel scénario dans le contexte environnemental pourrait être, une fois de plus, une situation où le rejet de « Z » dans l'environnement est illégal selon les règles de sécurité et de comportement de la *lex causae* (*lex loci damni*) mais où il est néanmoins licite selon les règles de sécurité et de comportement de la loi du fait générateur. Dans ce genre de situation, il n'est pas très utile de préciser que les règles de sécurité et de comportement pertinentes restent celles de la *lex causae* choisie, mais que l'autre ensemble de règles de sécurité et de comportement constitue un élément factuel supplémentaire dans le cas litigieux. Si l'on peut comprendre que fournir des indications supplémentaires sur la manière de procéder

---

<sup>101</sup> L'extrait poursuit : « Les règles du code de la route local sont un donné [sic] entrant dans l'appréciation de l'ensemble de la situation ».



dans ces situations reviendrait à verser dans des considérations de droit matériel, des indications sur les conséquences juridiques appropriées auraient été toutefois bienvenues.

En dépit de la neutralité apparente du paragraphe 6.5, il semble approprié de considérer, en conclusion de l'examen du commentaire de l'article 7 de la CACR, que l'approche du rapport Essén concernant ledit article est favorable aux victimes, ou du moins, ne favorise pas l'auteur du délit. Par conséquent, comme nous le verrons plus loin, il n'est pas invraisemblable que la même approche favorable aux victimes soit transposable à l'article 17 de Rome II dans le contexte des atteintes à l'environnement<sup>102</sup>. Examinons à présent le commentaire de l'article 9 de la CRFP.

## **B. Rapport explicatif de W. L. M. Reese sur la Convention de 1973**

L'article 9 de la CRFP est libellé comme suit :

L'application des articles 4, 5 et 6 ne fait pas obstacle à ce que soient prises en considération les règles de sécurité en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel le produit a été introduit sur le marché<sup>103</sup>.

Le rapport Reese considère l'article 9 de la CRFP, tant à l'occasion de l' « *Examen général de la Convention* »<sup>104</sup> qu'à l' « *Examen de chacun des articles* »<sup>105</sup>, comme pertinent dans les situations où la loi applicable au cas d'espèce serait différente de la loi en vigueur dans le pays où le produit a été introduit sur le marché. Dans ces cas, le tribunal compétent « *peut, sans y être tenu, prendre en considération "les règles de sécurité"* » de ce dernier<sup>106</sup>. Il est à noter que le rapport indique ensuite qu'il « *va de soi que le tribunal peut aussi prendre en considération, [et même prendre en considération exclusivement] les règles de sécurité en vigueur dans l'État dont la loi interne est déclarée applicable par [les règles de conflit de lois de la Convention]* ». <sup>107</sup> Si les règles de sécurité et de comportement de la *lex causae* peuvent être « *prises en considération* », cet extrait soulève la question de savoir comment distinguer ce que l'on entend par l' « *application* » de ces règles et leur « *prise en considération* ». En ce sens, l'exemple

---

<sup>102</sup> Il semble important de souligner que tenter de trouver un équilibre entre le pollueur et la victime ne semble pas compatible avec l'idée de favoriser la victime.

<sup>103</sup> Pour un commentaire de l'article 9 de la CRFP, conçu comme faisant partie d'un « *système de "freins et contrepoids"* » au facteur de rattachement général de la Convention de 1973, M. Fallon, *Les accidents de la consommation et le droit – La responsabilité du fait des produits en question : droit comparé, droit des conflits de lois avec l'aide de la méthode expérimentale*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 248-262.

<sup>104</sup> W. L. M. Reese, « *Explanatory report to the Convention on the law applicable to products liability* » in Bureau of Hague Conference of Private International Law (ed.), *Convention on the law applicable to products liability – Draft adopted by the Twelfth Session and Explanatory report by W. L. M. Reese – Tirage à part des Actes et documents de la Douzième session (1972)*, Tome III - Responsabilité du fait des produits, The Hague, Imprimerie Nationale, pp. 253 [9] et ss. Document bilingue, disponible en ligne le 2 juillet 2020 au lien suivant : <http://www.hcch.net/upload/expl22.pdf>.

<sup>105</sup> *Ibidem*, pp. 256 [12] et ss. Le commentaire de l'article se trouve aux pp. 268 [24] et 269 [25].

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 255 [11]. Le texte anglais du rapport bilingue utilise les termes suivants : « *is authorized but not required* ». Dans l' « *Examen de chacun des articles* » (p. 268 [24], art.9, 1<sup>er</sup> paragraphe), l'idée est exprimée comme suit : « *[...] l'article 9 permet au tribunal, mais ne lui en fait pas l'obligation [...]* » et « *[...] this article empowers, but does not require, the court to give consideration [...]* ».

<sup>107</sup> *Ibidem*, pp. 255 [11] et 256 [12]. L'ajout dans la première série de crochets est en fait une nuance de la version anglaise qui n'a pas été traduite dans la version française.

pratique contenu dans l'analyse détaillée de l'article 9 situé à la section « *Examen de chacun des articles* » du rapport Reese est d'autant plus déroutant :

Un cas imaginaire fera mieux comprendre le champ d'application de cet article. Supposons qu'une automobile, fabriquée dans l'État X par un fabricant dont l'établissement principal se trouve dans cet État, a été tout d'abord introduite sur le marché de l'État Y, puis dans l'État Z où elle a été acquise par le dénommé A, dont la résidence habituelle est dans l'État Z. Supposons ensuite que A soit blessé dans un accident survenu dans l'État Z, et que cette blessure aurait été évitée si les freins de l'automobile avaient satisfait aux règles de sécurité applicables à leur puissance ou à leur construction en vigueur dans l'État Z. Mais l'automobile n'était pas équipée avec de tels freins, parce que les règles de sécurité en vigueur dans l'État Y ne l'exigeaient pas. Par contre cette obligation est imposée par les règles en vigueur en Z, qui est l'État dont la loi est applicable selon la Convention. En vertu de l'article 9, le tribunal serait libre d'appliquer soit les règles de sécurité en vigueur en Y, soit celles en vigueur en Z. Autrement dit, le tribunal serait libre de statuer en faveur du fabricant en appliquant les règles de sécurité d'Y, ou de faire droit à la demande de A, par application des règles en vigueur en Z<sup>108</sup>.

Il en ressort une forte divergence entre, d'une part, les termes de l'exposé des motifs de la proposition Rome II et, d'autre part, les termes du rapport explicatif de la CRFP, en particulier les conclusions qui peuvent être tirées de cet exemple. Le rapport Reese amalgame complètement les notions d'application et de prise en considération des règles et semble ne concevoir les enjeux qu'en termes d'application<sup>109</sup>. Pour la Commission européenne, l'opération de prise en considération des règles est, ou du moins devrait être, clairement distincte de leur application<sup>110</sup>. La distinction entre ces deux notions paraissant essentielle au raisonnement développé dans l'exposé des motifs de la proposition Rome II, tout recours au rapport Reese pour réfléchir à l'article 17 de Rome II semble donc contre-productif<sup>111</sup>.

Comme ces divergences terminologiques et conceptuelles excluent la transposition du rapport Reese au domaine des atteintes environnementales, ces considérations clôturent l'analyse des précédents de l'article 17 du règlement Rome II.

## Conclusions

Compte tenu des développements précédents, en particulier ceux relatifs aux première et deuxième configurations du modèle hypothétique, il est possible d'affirmer que la mise en œuvre habituelle de l'article 17 du règlement Rome II, à savoir son interprétation littérale et son

---

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 268 [24].

<sup>109</sup> Sans rentrer dans des détails, car la discussion nécessaire déborderait le cadre de ces pages, la distinction entre « application » et « prise en considération » est délicate, et des situations comme celle décrite ici « justifient » les critiques de M. Dornis mentionnées supra (note 38 et texte qui l'accompagne).

<sup>110</sup> S. C. Symeonides (*op. cit.*, p. 212) exprime un certain scepticisme à cet égard. Cependant, cf. Exposé des motifs de la Proposition de Rome II, *op. cit.* p. 25 : dans le cas de l'Art. 17 Rome II, la Commission européenne est allée jusqu'à l'établir explicitement que : « [...] *le juge appliquera exclusivement la loi désignée par la règle de conflit* [...] ».

<sup>111</sup> Il est important de souligner que, mis à part certaines considérations et exemples pratiques, en général, le commentaire de l'article 7 de la CACR dans le rapport de M. Essén est globalement en accord avec la présentation de l'article 17 de Rome II qui se trouve dans l'Exposé des motifs de la Proposition de Rome II.

caractère obligatoire, favorise le pollueur, est incompatible avec les principes du *favor laesi* et du pollueur-payeur, et doit être exclue.

Selon le considérant 34 du règlement Rome II et l'exposé des motifs de la proposition Rome II, l'article 17 aurait pour objet « [...] d'assurer un équilibre raisonnable entre les parties [...] » lors de l'appréciation de la responsabilité. Ces termes soulignent que la Commission aurait cherché à nuancer ou assouplir l'obligation de réparation, par le biais d'une réduction du montant de l'indemnisation par exemple, chaque fois que des règles de sécurité et de comportement seraient en cause dans les conditions prévues par l'article lui-même.

Cette idée qui peut éventuellement être adéquate dans d'autres contextes, l'article 17 est après tout une disposition générale, semble difficile à concilier avec les spécificités qui caractérisent le phénomène de la responsabilité environnementale pour un certain nombre de raisons : i) bien que la faculté de dissuasion du droit de la responsabilité extracontractuelle en ce qui concerne les délits commis par des entreprises soit limitée, la Commission européenne a conçu l'article 7 de Rome II dans l'espoir de dissuader les potentiels pollueurs<sup>112</sup>. L'introduction de nuances et l'assouplissement de l'obligation d'indemnisation contreviennent à cet objectif. L'efficacité de la dissuasion est proportionnelle à la susceptibilité qu'ait l'auteur du délit de payer ; ii) le principe du pollueur-payeur, l'une des raisons d'être explicites de l'article 7 de Rome II, tend à imposer une réparation intégrale<sup>113</sup>. Si tel est bien le cas, l'assouplissement de l'obligation d'indemnisation serait exclue ; iii) en outre, suivant M. De Sadeleer, le principe du pollueur-payeur consacrerait une conception objective de la responsabilité<sup>114</sup>. Cette idée, associée au fait que le commentaire de l'exposé des motifs à l'article 7 affirme que celui-ci s'inspire, entre autres, des « récents objectifs de la politique législative en matière de protection de l'environnement qui favorise la responsabilité objective, stricte », exclurait encore davantage l'utilisation de l'article 17 en un sens favorable au pollueur<sup>115</sup>.

---

<sup>112</sup> Cf. Exposé des motifs de la Proposition de Rome II, *op. cit.*, pp. 19-20 ; L. Enneking, *op. cit.*, pp. 289-291.

<sup>113</sup> N. de Sadeleer, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution - Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du Droit de l'Environnement*, Bruxelles, Bruylant-AUF, 1999, pp. 65 et 69. Un soutien supplémentaire à cette idée peut être directement tiré du domaine du droit comparé de la responsabilité civile, où le principe de la réparation intégrale joue un rôle important. Cf. en ce sens, par exemple, J. Spier (éd.), *The limits of liability: keeping the floodgates shut*, The Hague, Kluwer law international, 1996, p. 1 et ss. ; C. Von Bar, *The common European law of torts (Vol. 2, Damage and damages, liability for and without personal misconduct, causality, and defences)*, Oxford, OUP, 2000, p. 106.

<sup>114</sup> Malgré le fait que ce point soit controversé, N. De Sadeleer (*op. cit.*, p. 91) considère que plusieurs éléments suggèrent que le principe requiert l'établissement d'un système de responsabilité objective. Cf. L. Kramer, « Le principe du pollueur-payeur ("Verursacher") en droit communautaire, interprétation de l'article 130 R du Traité CEE », *Aménagement-Environnement*, vol. 1991-1, 1991, pp. 3-30, à la p. 3. Pour une position nuancée, cf. E.T. Larson, « Why environmental liability regimes in the United States, the European Community and Japan have grown synonymous with the polluter pays principle », *Vanderbilt journal of transnational law*, vol. 38-2, 2005, pp. 541-575, à la p. 541.

<sup>115</sup> Malgré la confusion possible que la formulation anglaise peut provoquer, les versions linguistiques française et espagnole confirment que c'est la « politique » qui « favorise » : « [l]e rattachement de principe à la loi du lieu du dommage est conforme aux récents objectifs de la politique législative en matière de protection de l'environnement qui favorise la responsabilité objective, stricte » ; « [l]a fijación de principio a la ley del lugar donde se produce el hecho dañoso se ajusta a los recientes objetivos de la política legislativa en cuanto a protección del medio ambiente que favorece la responsabilidad objetiva, estricta ».

Ainsi, toutes ces idées convergent vers la conclusion que les concessions faites au pollueur pour « assurer un équilibre » sont incompatibles avec le principe du *favor laesi*, et donc avec la protection de l'environnement consacrée à l'article 7.

En outre, si le contenu du rapport Reese ne peut être transposé à l'article 17 de Rome II, il n'en demeure pas moins que l'approche du rapport Essén concernant les règles de sécurité et de comportement semble être favorable aux victimes.

Il est intéressant de noter que MM. Lehmann et Eichel ont formulé une proposition qui va exactement dans le sens opposé de tout ce qui est indiqué dans les paragraphes précédents. Par analogie avec l'article 5 du règlement Rome II, à savoir la loi applicable à la responsabilité du fait des produits, ils défendent l'opportunité de soumettre l'article 7 à une condition de prévisibilité en ce qui concerne la *lex loci damni*, c'est-à-dire que l'accès à la *lex loci damni* ne serait possible que s'il est prévisible pour le pollueur<sup>116</sup>. Pour toutes les raisons évoquées précédemment, une telle proposition ne serait pas appropriée.

Dans l'ensemble, il semble évident qu'à la lumière des développements ci-dessus, un recours à l'article 17 en faveur du pollueur irait à l'encontre des principes du *favor laesi* et du pollueur-payeur, et donc à l'encontre de la logique qui sous-tend l'article 7. Par conséquent, afin de préserver l'effet utile de l'article 7, le recours à l'article 17 doit être écarté dans les situations de dommages environnementaux transfrontières<sup>117</sup>. En d'autres termes, le recours à l'article 17 en faveur du pollueur dans les affaires environnementales doit être exclu, de préférence par le biais d'un amendement législatif. Cependant, jusqu'à ce que l'article 17 soit amendé, les tribunaux devraient recourir à une interprétation cohérente de celui-ci, c'est-à-dire utiliser la formulation « pour autant que de besoin » pour rejeter l'utilisation de l'article 17 en faveur des pollueurs en ce qui concerne les « règles de sécurité et de comportement » *lato sensu*. La sauvegarde de l'utilité de l'intervention du droit international privé de l'UE en matière environnementale l'impose.

---

<sup>116</sup> M. Lehmann, F. Eichel, *op. cit.*, p. 105 et ss.

<sup>117</sup> Similairement, M. A. Amores Conradi, E. Torralba Mendiola (« XI Tesis sobre el estatuto delictual », *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 8, 2004, pp. 1-34, aux pp. 25-26), en référence à l'article 7 et au *favor laesi*, accompagné du choix entre la *lex loci damni* et la *lex loci delicti commissi*) : « [...] Nótese, por añadir algo, que en este entendimiento la referencia del art. [17] a las reglas de seguridad y conducta del lugar de la acción está más bien fuera de lugar: la licitud del actuar conforme a determinado ordenamiento no tiene por qué significar irresponsabilidad conforme a otro, cuando lo que se está buscando es, precisamente, qué ordenamiento es más eficaz en la prevención de tal actuar. A la misma conclusión se llega si se tiene en cuenta que la responsabilidad por daño medioambiental suele estar materialmente configurada como objetiva o por riesgo ».